



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTÈRE DE LA FONCTION PUBLIQUE

RAPPORT
D'ACTIVITÉ
2015

Commission de déontologie de la fonction publique

Accès des agents publics au secteur privé
Rapport au Premier ministre



OUTILS DE LA GRH

DGAFP 
DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE

SOMMAIRE

Introduction	p. 1
Première partie : le départ dans le secteur privé et le cumul d'activités (application des décrets n° 2007-611 du 26 avril 2007 et n° 2007-658 du 2 mai 2007)	p. 5
1. <u>Le bilan de l'activité de la commission</u>	p. 6
1.1 <u>Nombre de saisines</u>	p. 6
1.2 <u>Cas de saisines</u>	p. 9
1.3 <u>Origine des saisines</u>	p. 10
1.3.1 Origine des saisines par administration ou autorité gestionnaire	p. 10
1.3.2 Origine des saisines par catégorie d'agents	p. 11
1.3.3 Origine des saisines par secteur d'activité envisagé	p. 13
1.4 <u>Sens des avis</u>	p. 17
1.5 <u>Suites données aux avis</u>	p. 20
2. <u>La jurisprudence de la commission</u>	p. 21
2.1 <u>La procédure suivie devant la commission de déontologie</u>	p. 21
2.1.1 Formation compétente.....	p. 21
2.1.2 Audition des agents	p. 21
2.1.3 Avis d'incompatibilité en l'état du dossier	p. 21
2.1.4 Irrecevabilité	p. 22
2.1.5 Délai d'instruction	p. 22
2.1.6 Demande de seconde délibération	p.22
2.2 <u>Le contrôle des agents publics cessant leurs fonctions</u>	p. 23
2.2.1 Compétence de la commission	p. 23
A) Quels sont les agents concernés ?	p. 23
B) La notion de fonctions administratives	p. 25

C) La position du fonctionnaire au moment du contrôlep. 26

D) Quelle est la nature des activités privées contrôlées par la commission ?.....p. 27

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. 27

2) *Les avis susceptibles d'être rendus par la commission en application du B du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 visent toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé et toute activité libérale.* p. 31

E) Quelle est l'étendue dans le temps du contrôle de la commission de déontologie ?.....p. 33

1) *Période de l'activité administrative antérieure de l'agent public soumise au contrôle de la commission* p. 33

2) *Période de l'activité privée de l'agent public pouvant être soumise à interdiction ou à une réserve* p. 33

3) *Période de l'activité privée de l'agent public soumise à une obligation d'information...*p.33

2.2.2 La nature et les principaux critères du contrôlep.34

1) Le respect de l'article 432-13 du code pénalp. 34

2) Le respect des critères déontologiquesp. 40

2.2.3 Quelques exemplesp. 43

2.3 Le contrôle des agents publics pratiquant un cumulp. 46

2.3.1 Compétence de la commissionp. 46

A) Quels sont les agents et les cas visés ?p. 46

B) Le champ de compétence de la commissionp. 49

1- La commission n'est pas compétente dès lors qu'il n'y a pas création d'entreprise.....p. 50

2- La commission n'est pas compétente lorsque le cumul est interdit par la loip. 51

3- La commission n'est pas compétente lorsque l'agent exerce certaines activités que le législateur a expressément autoriséesp. 51

1° La commission n'est pas compétente lorsque l'agent demande une autorisation de cumul pour exercer une profession libérale qui découle de la nature de ses fonctions p. 51

2° La commission n'est pas compétente lorsque l'agent demande une autorisation de cumul pour créer une entreprise individuelle destinée à la gestion de son patrimoine personnel et familial p. 51

3° La commission n'est pas compétente lorsque l'agent demande une autorisation de cumul pour produire une œuvre de l'esprit p. 52

4- La commission n'est pas compétente lorsque l'agent qui demande une autorisation de cumul exerce ses fonctions à temps incomplet ou non complet pour une durée inférieure ou égale à 70 % d'un emploi à temps completp. 52

5- La commission n'est pas compétente lorsque l'entreprise créée par l'agent constitue une modalité d'exercice de son activité publiquep. 52

6- La notion d'activité accessoire. La commission n'est pas compétente lorsque l'agent souhaite exercer une activité accessoire soumise à l'autorisation préalable de la seule administrationp.52

C) Les périodes à prendre en considération dans le cas du cumul d'activitésp. 56

2.3.2. La nature et les critères du contrôle de la commissionp. 57

A) Le respect de l'article 432-12 du code pénalp. 57

B) La notion de dignité des fonctions administrativesp. 57

C) La notion de fonctionnement normal, d'indépendance ou de neutralité du servicep. 58

1- Exemples d'avis favorablesp.59

2- Exemples d'avis favorables sous réservep.59

3- Avis d'incompatibilité.....p.60

4- Le cas particulier des professions réglementées.....p.62

5- Le cas des activités susceptibles de mettre en œuvre des pratiques sectaires.....p.62

Deuxième partie : le départ ou le cumul dans le secteur privé de la recherche : application des articles L. 531-1 et suivants du code de la recherche

Présentationp. 66

1. Le bilan de l'activité de la commissionp. 71

1.1. Fonctionnement de la commissionp. 71

1.2 Nombre de saisines.....p. 72

1.3 Cas de saisinesp. 73

1.4 Origine des saisinesp. 74

1.4.1 Répartition des saisines par organisme gestionnairep. 74

1.4.2 Répartition des saisines par catégories d'agent et par corps.....	p. 75
1.5 <u>Sens des avis</u>	p. 75
1.6 <u>Suites données aux avis</u>	p. 76
2. <u>La jurisprudence de la commission</u>	p. 77
2.1 <u>Compétence de la commission</u>	p. 77
2.2 <u>Agents pouvant bénéficier des dispositions du code de la recherche</u>	p. 77
2.3 <u>Procédure</u>	p. 78
2.4 <u>Portée de l'avis</u>	p. 78
2.5 <u>Application des articles L. 531-1 et suivants du code de la recherche..</u>	p. 79
2.6 <u>Application des articles L. 531-8 et suivants du code de la recherche.</u>	p. 81
2.6.1 Convention de concours scientifique	p. 81
2.6.2 Participation au capital	p. 84
2.6.3 Contrat de valorisation	p. 85
2.7 <u>Application des articles L. 531-12 et suivants du code de la recherche.</u>	p. 91
Conclusion	p. 93
Annexes	p.97

INTRODUCTION

La commission de déontologie de la fonction publique est régie par l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifiée à plusieurs reprises¹.

Depuis la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, cette commission, compétente pour l'ensemble des agents publics, donne un avis sur les déclarations des agents qui quittent le secteur public, de manière temporaire ou définitive, pour exercer une activité privée lucrative, ainsi que sur les cas de cumul pour création ou reprise d'entreprise par des fonctionnaires ou agents publics, ou bien de poursuite d'activité comme dirigeant d'entreprise, pour une personne entrant dans la fonction publique (article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires²).

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

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

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

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

¹ Elle le sera à l'avenir par les dispositions issues de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, une fois pris les textes que nécessite son application.

² Dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 avril 2016.

décret n° 2010-1079 du 13 septembre 2010 pour tirer, au plan réglementaire, les conséquences de la loi du 3 août 2009.

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

La loi du 3 août 2009 a porté la durée maximale du cumul pour création ou reprise d'entreprise de un an à deux ans, période renouvelable une fois pour une durée maximale d'un an. La durée du cumul en cas de poursuite d'activité sollicitée par un agent recruté par une administration est restée ouverte pour une durée maximale d'un an à compter du recrutement de l'intéressé et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an.

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

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

En ce qui concerne les *cas de cumul et de départ dans le secteur privé propres au secteur et aux personnels de la recherche*, la commission de déontologie est compétente depuis 1999 pour donner son avis sur les autorisations demandées par ces personnels en vue de participer à la création d'une entreprise ou aux activités d'une entreprise existante, en application des articles des articles L. 531-1 et suivants du code de la recherche (voir la 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 l'administration. En revanche, les avis de compatibilité, même assortis d'une réserve, laissent à celle-ci le choix de la décision finale. Un avis d'incompatibilité en l'état peut être prononcé lorsque la commission ne dispose pas de toutes les informations qui lui sont nécessaires. Son avis ne sera donné qu'une fois le dossier complété.

Par ailleurs, le III de l'article 19 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a étendu aux *praticiens hospitaliers* sous statut ou recrutés par contrat l'ensemble des dispositions relatives à la déontologie des fonctionnaires (article 25 de la loi du 13 juillet 1983, troisième et quatrième alinéas de l'article 46-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986

portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière et article 87 de la loi du 29 janvier 1993) ainsi que les dispositions des articles L. 531-1 à L. 531-16 du code de la recherche. La même loi a inséré dans le code de la santé publique un article L. 6152-5-1 qui prévoit la possibilité d'interdire « *aux praticiens hospitaliers ayant exercé plus de cinq ans à titre permanent dans le même établissement d'ouvrir un cabinet privé ou d'exercer une activité rémunérée dans un établissement de santé privé à but lucratif, un laboratoire privé d'analyses de biologie médicale ou une officine de pharmacie où ils puissent rentrer en concurrence directe avec l'établissement public dont ils sont démissionnaires.* »

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

Le présent rapport concerne par construction des dossiers antérieurs à l'entrée en application de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 sur la déontologie et les droits et obligations des fonctionnaires, dont les dispositions sont évoquées en conclusion du présent rapport.

*
* *

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

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

Le président et les membres de la commission ont été nommés par décrets des 11 juin 2013, 22 août et 12 décembre 2014, 7 et 15 juillet et 31 août 2015, pour une durée de trois ans.

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

Le rapporteur général, le rapporteur général adjoint et les rapporteurs ont également été nommés pour une durée de trois ans (*cf.* article 7 du décret n° 2007-611

du 26 avril 2007), par arrêtés des 28 mai, 25 juillet et 20 septembre 2013, 5 février, 20 mai et 29 juillet 2014 et 6 février, 22 avril et 28 septembre 2015.

La commission présente ici son neuvième rapport issu de la réforme introduite par la loi du 2 février 2007, remis au Premier ministre, conformément à l'article 11 du décret n° 2007-611 du 26 avril 2007.

*

* *

Première partie

**LE DÉPART DANS LE SECTEUR PRIVÉ
ET LE CUMUL D'ACTIVITÉS**

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

1. LE BILAN DE L'ACTIVITÉ DE LA COMMISSION

1.1 SAISINES

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

Fonction publique de l'Etat

	2007 ⁽¹⁾	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Nombre d'avis	1014	874	1073	1228	1106	1038	1155	1075	1061
Variation en %	-14,7	-16	+22,8	+14,45	-9,93	-6,15	+11,27	-6,92	-1,3

Fonction publique hospitalière

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Nombre d'avis	1847	326	363	428	746	945	995	972	1153
Variation en %	-40,38	-82,35	+11,34	+17,9	+74,3	+26,67	+5,29	-2,31	+18,62

Fonction publique territoriale

	2007 ⁽¹⁾	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Nombre d'avis	957	834	1116	1730	1462	1391	1336	998	935
Variation en %	+11,6	-8,71	+33,8	+55	-15	-4,8	-3,9	-25,3	-6,3

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

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

Fonction publique de l'Etat

2015	Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007		Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007		Total
Avis en formation collégiale	85		61		146 (13,76%)
Avis en forme simplifiée	Avis tacites 3	Ordonnances 310	Avis tacites 7	Ordonnances 595	915 (86,24%)
Total	398 (37,51%)		663 (62,49%)		1061 (100%)

Fonction publique hospitalière

2015	Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007		Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007		Total
Avis en formation collégiale	4		32		36 (3,12%)
Avis en forme simplifiée	Avis tacites 143	Ordonnances 55	Avis tacites 389	Ordonnances 530	1117 (96,88%)
Total	202 (17,52%)		951 (82,48%)		1153 (100%)

Fonction publique territoriale

2015	Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007		Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007		Total
Avis en formation collégiale	30		43		73 (7,8%)
Avis en forme simplifiée	Avis tacites 10	Ordonnances 184	Avis Tacites 8	Ordonnances 660	862 (92,2%)
Total	224 (23,96%)		711 (76,04%)		935 (100%)

Pour l'ensemble des trois fonctions publiques, la commission a été saisie de 3149 dossiers³, dont plus de 70 % correspondent à des demandes de cumul d'activités.

Dans un souci d'efficacité, le législateur a prévu que les situations les plus simples du point de vue déontologique pourraient faire l'objet soit d'un avis tacite, soit d'un avis rendu au nom de la commission par le seul président de celle-ci, couramment dénommé « ordonnance ».

Ainsi, le VI de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 dispose-t-il que « *le président de la commission peut rendre, au nom de celle-ci, un avis de compatibilité dans le cas où l'activité envisagée est manifestement compatible avec les fonctions antérieures ou actuelles de l'agent. Il peut également rendre, au nom de la commission, un avis d'incompétence, d'irrecevabilité ou constatant qu'il n'y a pas lieu à statuer* ». La loi du 3 août 2009 a étendu cette procédure aux cas de cumul.

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

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

1) Dans la *fonction publique de l'Etat*, en 2015, les déclarations de cumul d'activités représentent plus de 60 % des demandes examinées par la commission de déontologie, huit ans après l'entrée en vigueur des dispositions correspondantes.

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

2) Pour la *fonction publique hospitalière et les praticiens hospitaliers*, l'année 2015 est marquée par une augmentation des saisines (environ 18 % de plus par rapport à 2014). 1153 avis ont ainsi été rendus en 2015, dont 82,48 % concernent des cumuls d'activités. Ceux-ci ne sont que pour une part réduite (3,12%) examinés en séance.

3) Dans la *fonction publique territoriale*, les demandes de cumul d'activités représentent la part la plus importante des dossiers examinés par la commission, soit un

³ Ce chiffre ne prend pas en compte les dossiers examinés par le secrétariat de la commission et retirés à sa demande car entrant, notamment, dans le champ des activités accessoires et donc soumis à la seule autorisation de l'administration (soit 222 dossiers en 2015 pour les trois fonctions publiques).

peu plus des trois-quarts. 7,8 % de l'ensemble des dossiers ont été examinés par la commission en formation collégiale.

1.2 CAS DE SAISINES

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

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

En permettant tant à l'administration qu'à l'agent de saisir la commission, ces règles assurent en principe la saisine de la commission dans des conditions satisfaisantes lorsque celle-ci est nécessaire.

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

En rendant la saisine de la commission facultative dans de nombreux cas, le législateur de 2007 a accru les responsabilités des administrations en leur confiant le contrôle de déontologie. Cependant, le nombre relativement élevé d'avis rendus en forme simplifiée (avis tacites ou ordonnances) montre que la commission reste saisie de situations que les administrations pouvaient traiter directement elles-mêmes.

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

1.3 ORIGINE DES SAISINES

1.3.1 Origine des saisines par administration ou autorité gestionnaire

Tableaux n° 3 : Origine des saisines par administration – Evolution (en %)

Fonction publique de l'Etat

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Education nationale	11	33,2	34	39,81	33,3	35,07	36,88	38,83	38,38
Intérieur	14	18,7	15,09	13,05	18,8	16,67	19,13	19,28	18,16
Ministères économique et financier	28	27,6	15	15,9	18,72	18,3	12,9	17,52	16,18
Ecologie, développement durable	9	12,7	8	6,65	5,51	5,01	4,76	4,73	4,61
Défense	6	7,8	4,75	6,9	4,77	4,05	3,9	3,61	3,57
Autres	32	-	23,16	17,69	18,9	20,9	22,43	16,03	19,1
Total	100								

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

Fonction publique territoriale

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Régions	3,7	3,7	2,59	2,4	3,4	3,02	5,9	2,41	2,47
Départements	13,2	19,7	16,40	19,0	16,8	20,78	19,5	22,54	25,13
Services départementaux d'incendie et de secours (SDIS)	ND	4,7	7,88	9,2	9,4	9,56	9,3	7,85	8,56
Communes+ centres communaux d'action sociale (CCAS)	57,2	52,5	50,99	52,55	52,7	47,16	48,3	46,88	43,42
Regroupements de communes	13,1	12,2	13,62	9,2	12,6	14,17	10,9	14,39	16,68
Syndicats	6,6	4,5	2,87	3,4	3,0	3,95	2,5	2,01	1,5
Autres (1)	6,2	2,7	5,65	4,3	2,2	1,36	3,7	3,92	2,24
Total	100								

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

1.3.2 Origine des saisines par catégorie d'agents

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

Fonction publique de l'Etat

Année	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Contractuels	Total
2007	50	12	23	15	100
2008	57,6	13,5	15,6	13,3	100
2009	55,9	15	16,3	12,8	100
2010	55,09	15	19,88	10,03	100
2011	52,25	21,62	13,34	12,79	100
2012	54,72	19,75	12,33	13,2	100
2013	55,15	20,09	10,65	14,11	100
2014	52	18,88	11,54	17,58	100
2015	52,77	19,66	11,57	16	100
Moyenne	53,94	17,28	14,91	13,87	100

Fonction publique hospitalière

Année	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Contractuels	Total
2007	7,36	81,6	10,39	0,65	100
2008	13,8	60,12	19,32	6,75	100
2009	20,38	43,25	28,92	7,44	100
2012	48,36	24,23	21,8	5,61	100
2013	47,74	24,42	20,4	7,44	100
2014	50,05	25,34	16,89	7,72	100
2015	52,21	25,24	16,3	6,25	100
Moyenne	34,27	40,6	19,15	5,98	100

Fonction publique territoriale

Année	Catégorie A		Catégorie B		Catégorie C		Total
	Titulaires	Contractuels	Titulaires	Contractuels	Titulaires	Contractuels	
2007	15	3,1	19,9	0,5	61,1	0,4	100
2008	17,66	3,73	17,41	1,25	58,70	1,25	100
2009	10,12	2,69	14,78	1,26	70,34	0,81	100
2010	11,2	2,5	14,0	1,1	70,3	0,8	100
2011	12,7	2,2	17,6	1,3	65,4	0,8	100
2012	12,4	2,9	20,1	0,8	60,3	3,5	100
2013	12	4,1	17,1	1,3	61,5	4	100
2014 (janvier à juillet)	14,7	4,8	17,9	0,6	60,7	1,3	100
2015	17,79	3,36	18,11	1,3	58,68	0,76	100
Moyenne	13,73	3,26	17,44	1,04	63	1,51	100

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

La part relative des agents de catégorie B représente environ 19 % des saisines en 2015, alors que celle des agents de catégorie C s'établit à environ 11 %. La proportion des agents contractuels s'élève cette même année à 16 %.

2) Dans la *fonction publique hospitalière*, la forte augmentation des demandes émanant de personnels de catégorie A, qui représentent aujourd'hui environ 52 % des demandeurs contre 7 % en 2007, au détriment essentiellement de la catégorie B, peut s'expliquer par des reclassements catégoriels, notamment des infirmiers.

3) Dans la *fonction publique territoriale*, la part des agents de catégorie C représente encore 58 % des demandes en 2015. On constate cette même année une relative stabilité des demandes d'agents de la catégorie B (titulaires), qui représentent 18,11 % du total des saisines, tandis que les demandes émanant d'agents de la catégorie A (titulaires) sont en augmentation, 17,79 % de l'ensemble des demandes, contre 14,7 % en 2014 et 12 % en 2013.

1.3.3 Origine des saisines par secteur d'activité envisagé

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

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

Fonction publique de l'Etat

Secteurs (en %)	2015
Agriculture, pêche, forêt	2,07
Aménagement, urbanisme, infrastructure, bâtiment, travaux publics	4,14
Assurances, banques, immobilier	7,43
Bien-être	9,31
Commerce	10,35
Communication, presse, audiovisuel, publicité	3,29
Culture, artistes, événementiel	4,04
Emploi, social, solidarité	1,32
Energie	2,44
Enseignement, formation	4,8
Entreprise artisanale	2,82
Expertise	2,82
Hôtellerie, restauration	1,5
Informatique, électronique, ingénierie	7,62
Juridique, audit, conseil	5,55
Médical, paramédical	6,11
Secrétariat	0,94

Sécurité	3,67
Services à la personne	0,66
Sports, tourisme, jeux, loisirs	2,35
Transports	2,26
Autres	14,49
Total	100

Fonction publique hospitalière

Secteurs (en %)	2015
Agriculture, pêche, forêt	0,52
Aménagement, urbanisme, infrastructures, bâtiment, travaux publics	0,95
Assurances, banques, immobilier	0,52
Bien-être	9,11
Commerce	5,64
Communication, presse, audiovisuel, publicité	0,43
Culture, artistes, événementiel	1,22
Emploi, social, solidarité	1,13
Enseignement, formation	1,04
Entreprise artisanale	1,04
Expertise	0,52
Hôtellerie, restauration	1,04
Informatique, électronique, ingénierie	1,21
Juridique, audit, conseil	0,35
Médical, paramédical	69,12

Secrétariat	0,95
Sécurité	0,7
Services à la personne	0,26
Transports	0,43
Autres	3,82
Total	100

Fonction publique territoriale

Secteurs (en %)	2015
Agriculture, pêche, forêt	2,57
Aménagement, urbanisme, infrastructure, bâtiment, travaux publics	9,95
Assurances, banques, immobilier	3,42
Bien -être	8,02
Commerce	12,19
Communication, presse, audiovisuel, publicité	3,74
Culture, artistes, événementiel	5,67
Emploi, social, solidarité	2,14
Enseignement, formation	3,31
Entreprise artisanale	4,7
Expertise	2,03
Hôtellerie, restauration	5,67
Informatique, électronique, ingénierie	3,1
Juridique, audit, conseil	2,03

Mécanique, automobile	1,82
Médical, paramédical	8,77
Secrétariat	2,14
Sécurité	1,18
Services à la personne	0,75
Sports, tourisme, jeux, loisirs	2,24
Transports	2,03
Autres	12,51
Total	100

1) *Dans les trois fonctions publiques*, les secteurs dans lesquels se concentrent le plus particulièrement les demandes, en particulier les demandes de cumuls d'activités, sont :

- le bien-être (hypnose, réflexologie, sophrologie, coaching...);
- le commerce (vente de produits et services sur Internet ou chez les particuliers, mais également de mets et d'objets fabriqués personnellement par l'agent...);
- les transports (VTC...);
- les secteurs médical et paramédical, en particulier dans la fonction publique hospitalière;
- le bâtiment et la restauration, spécialement dans la fonction publique territoriale;
- l'informatique (dépannage informatique à domicile, graphisme web, conception de sites Internet), les assurances, les banques, l'immobilier, le secteur juridique, l'audit, le conseil (activité de conseil aux entreprises, mais également aux particuliers : patrimoine, fiscalité, énergie), davantage dans la fonction publique de l'Etat.

Certaines de ces activités sont susceptibles d'être exercées au titre des activités accessoires, ne relevant pas de la compétence de la commission et ne figurant donc pas dans les présentes statistiques mais devant être soumises à l'autorisation de l'administration employeur de l'agent, qui applique les mêmes règles déontologiques et prend par ailleurs en compte les nécessités du service.

2) Les praticiens et auxiliaires médicaux de la *fonction publique hospitalière* s'orientent, pour les deux tiers en 2014, vers des activités libérales dans leurs spécialités

respectives (sages-femmes, infirmiers, psychomotriciens, masseurs-kinésithérapeutes, orthophonistes...).

1.4 SENS DES AVIS

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

Fonction publique de l'Etat (en %)

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Compatibilité (1)	74,0	62,8	54,6	55,6	48,38	44,72	41,73	34,02	25,73
Compatibilité sous réserves	22,3	25,7	25,8	26,34	36,2	41,77	41,73	50,37	54,76
Incompatibilité	1,4	1	1,8	1,34	1,26	1,05	1,04	0,93	2,26
Incompatibilité en l'état	0,5	1,5	0,6	0,25	1,08	0,09	0,17	0,19	0,09
Incompétence	1,6	8,9	14,8	12,87	11,64	11,42	12,21	13,38	15,08
Irrecevabilité	0,2	0,1	0,1	0,83	1,44	0,86	0,87	0,18	0,09
Demande prématurée/Non-lieu à statuer	0	0	0	0	0	0,09	0	0	0,19
Doubles avis (2)	ND	ND	2,3	2,77	ND	ND	2,25	0,93	1,79
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100

(1) Y compris les avis tacites.

(2) Dans des cas d'activité ne relevant que pour partie de la commission et nécessitant une double motivation : principalement incompétence/compatibilité, incompétence/compatibilité sous réserve, mais aussi en 2013 : 1 avis d'incompatibilité/incompétence, 1 avis d'incompatibilité/compatibilité sous réserve et 1 avis d'incompatibilité/compatibilité.

Fonction publique hospitalière (en %)

	2008	2009	2011	2012	2013	2014	2015
Compatibilité (1)	73,2	63,53	66,8	65,8	57,08	56,18	54,2
Compatibilité sous réserves	17,8	32,81	23,53	26,45	32,06	34,36	36
Incompatibilité	3,8	0,40	0,4	0,21	0,1	0,41	1,3
Incompatibilité en l'état	2,2	0,55	0	0,11	0	0,1	0
Incompétence	3	2,70	7,57	4,95	8,34	7,92	6,94
Irrecevabilité	0	0	1,7	2,48	1,91	0	0
Non-lieu à statuer	0	0	0	0	0	0	0,26
Double avis	0	0	0	0	0,51	1,03	1,3
Total	100	100	100	100	100	100	100

(1) Y compris les avis tacites.

Fonction publique territoriale (en %)

	2007 ⁽¹⁾	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Compatibilité	29,3	56,1	50,9	51,6	30,5	35	27,4	26,85	26,31
Compatibilité sous réserves	56,2	34,7	30,6	29,0	44	45	44,1	49,2	56,9
Incompatibilité	4,5	0,5	0,6	1,6	2,1	3	0,7	1,3	2,57
Incompatibilité en l'état	2,5	0,2	0,3	0,6	0,5	0,2	0,1	0,2	0
Incompétence	7,4	7,3	16,7	15,5	20,6	16	26	21,45	11,76
Irrecevabilité	/	0,8	0,5	0,5	0,4	0,6	1,3	0	0
Non-lieu	/	0,4	0,3	0,2	0,1	0,1	0	0	0,21
Doubles avis	/	/	0,3	1	1,8	0,3	0,3	1	2,25
Total (1)	100	100	100	100	100	100	100	100	100

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

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

	2013	2014	2015
Compatibilité	28,29	19,08	18,5
Compatibilité sous réserve	42,1	65,66	49,31
Incompatibilité	7,89	7,64	16,44
Incompatibilité en l'état	1,32	0,74	0,68
Incompétence	12,5	6,88	8,9
Irrecevabilité	0,66	0	0,68
Double avis	7,24	0	5,48
Total	100	100	100

Fonction publique hospitalière (en %)

	2013	2014	2015
Compatibilité	25	46,15	11,11
Compatibilité sous réserve	18,75	26,92	22,22
Incompatibilité	6,25	15,39	38,89
Incompatibilité en l'état	0	3,85	0
Incompétence	43,75	7,69	8,33
Irrecevabilité	6,25	0	0
Double avis	0	0	19,44
Total	100	100	100

Fonction publique territoriale (en %)

	2013	2014	2015
Compatibilité	11	10	16,44
Compatibilité sous réserve	25	48,33	34,25
Incompatibilité	7	20	32,88
Incompatibilité en l'état	1	3,33	0
Incompétence	55	13,33	4,11
Irrecevabilité	0	0	0
Double avis	1	5	12,32
Total	100	100	100

L'importance des avis d'incompétence, qui représentent en moyenne pour les trois fonctions publiques 11,26 % des saisines totales, s'explique pour une grande part par une incompréhension des textes relatifs au cumul d'activités. Dès lors que l'activité peut être considérée comme une activité accessoire, le cumul d'activités peut être autorisé par l'administration seule, sans saisine de la commission. Toutefois, en présence d'une création d'entreprise (le plus souvent sous le statut d'auto-entrepreneur), certaines administrations saisissent systématiquement la commission de déontologie, y compris lorsque cette création relève d'une activité privée regardée comme accessoire au sens de l'article 2 du décret du 2 mai 2007.

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

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

Les avis d'incompatibilité en l'état, qui ne représentent que quelques dossiers par an, s'expliquent par le caractère insuffisant des informations fournies par l'administration ou 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 simple, c'est-à-dire sans réserve – y compris les avis tacites – représentent environ 25 % des avis rendus pour la fonction publique de l'Etat, 56 % pour la fonction publique hospitalière et 26 % pour la fonction publique territoriale. La baisse relative de ces avis de compatibilité simple, enregistrée à partir de 2007, s'explique par la progression des avis de compatibilité avec réserves et, dans une moindre mesure, des avis d'incompétence, tendance qui se stabilise grâce à une meilleure maîtrise de la réglementation par les administrations et les agents.

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

La réserve tient également compte de la nature des fonctions exercées et notamment du niveau hiérarchique de l'intéressé, qui peut justifier des exigences déontologiques particulières.

La proportion des avis d'incompatibilité rendus *in fine*, qui se situe, sur le total des avis rendus en formation collégiale ou en forme simplifiée, autour de 2 %, représente entre 16 et 38 % des dossiers examinés en séance en formation collégiale. Cette donnée ne saurait rendre compte, à elle seule de la réalité et de la rigueur du contrôle de la commission. De nombreuses situations potentiellement risquées, y compris sur le plan pénal, sont désamorcées très en amont par l'administration, en amenant à la renonciation aux fonctions privées envisagées, ou bien, lorsque le dossier est parvenu jusqu'à l'instruction, par le rapporteur du dossier lors de ses entretiens avec l'agent concerné.

1.5 SUITES DONNÉES AUX AVIS

Peu d'administrations, qu'il s'agisse de l'Etat ou des autres collectivités publiques, se sont acquittées de l'obligation, qui leur incombe en vertu de l'article 14 du décret du 26 avril 2007, d'informer la commission de la suite donnée à l'avis de la commission.

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

2. LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION

2.1 LA PROCÉDURE SUIVIE DEVANT LA COMMISSION DE DÉONTOLOGIE

2.1.1 Formation compétente

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

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

2.1.2 Audition des agents

Les agents qui souhaitent présenter une demande d'autorisation d'activité privée sur le fondement des dispositions 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.

En 2015, 27 agents des trois fonctions publiques se sont trouvés dans l'un ou l'autre cas.

2.1.3 Avis d'incompatibilité en l'état du dossier

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

À la suite d'un avis d'incompatibilité en l'état pouvant résulter de ce que les informations fournies sont demeurées insuffisantes, 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 dûment complété, afin que celle-ci se prononce, éventuellement après avoir procédé à l'audition de l'intéressé.

2.1.4 Irrecevabilité

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

1° La saisine n'est pas présentée par l'autorité compétente, à savoir 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 (sous réserve des cas mentionnés au § 2.1.6 sur les secondes délibérations).

2.1.5 Instruction

La circonstance que l'administration saisisse la commission au-delà du délai de quinze jours prévu par les dispositions de l'article 3 du décret du 26 avril 2007 ne fait pas obstacle à ce que celle-là se prononce dès lors que le contrôle dont elle est chargée conserve son objet, c'est-à-dire que le délai de trois ans n'est pas écoulé (avis n° 1570749 du 9 avril 2015).

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

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

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

2.1.6 Demande de seconde délibération

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

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

La commission a confirmé sa position dans le cas d'une demande ayant fait l'objet d'un avis favorable résultant, en vertu de l'article 11 du décret du 2 mai 2007, du silence gardé par elle sur la demande d'autorisation présentée par un agent, au terme du délai d'un mois, délai qui n'avait fait l'objet d'aucune prorogation. Dès lors que la loi n'ouvre la possibilité de solliciter une seconde délibération que dans le cas où celle-ci a émis un avis d'incompatibilité, la demande de seconde délibération, n'entrant pas dans les prévisions du VI de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, n'est pas recevable.

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

2.2.1 Compétence de la commission

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

Il convient de rappeler que la commission n'est pas compétente pour connaître de la compatibilité d'activités privées exercées à titre gratuit. Elle s'est ainsi considérée incompétente pour examiner la demande d'un préfet à la retraite souhaitant exercer les fonctions d'administrateur au sein du conseil d'administration d'une société d'économie mixte, sans rémunération. Toutefois, dans cette affaire, la commission a estimé utile d'attirer l'attention de l'administration sur le risque pénal que constituerait la nomination de l'intéressé dès lors qu'il avait été commissaire du gouvernement de la société en cause au cours des trois dernières années (Avis n° 15E3073 du 10 décembre 2015)

A) Quels sont les agents concernés ?

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

1° Aux fonctionnaires ;

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

3° Aux membres d'un cabinet ministériel ;

4° Aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales ;

5° Aux agents contractuels de droit public ou de droit privé des établissements mentionnés aux articles L. 1142-22, L. 1222-1, L. 1313-1, L. 1413-2, L. 1418-1 et L. 5311-1 du code de la santé publique⁴;

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

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

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

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

Bien que le 1° du I de l'article 87 de cette même loi ne prévoie pas l'application du contrôle de la commission de déontologie sur la position de « congé spécial⁵ », cette dernière considère que les fonctionnaires placés en congé spécial sont soumis aux mêmes règles déontologiques que les fonctionnaires placés dans l'une des positions mentionnées au I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993⁶.

Par ailleurs, la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a, comme indiqué en introduction,

⁴ Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, Etablissement français du sang, Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail, Institut de veille sanitaire, Agence de la biomédecine, Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.

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

⁶ (Avis TC/2009-771 du 15 octobre 2009).

étendu aux praticiens hospitaliers sous statut ou contractuels les dispositions relatives à la déontologie. La commission a précisé que, en vertu des dispositions combinées du 3° de l'article L. 6152-4 et du 1° de l'article L. 6152-1 du code de la santé publique, elle était compétente pour connaître de la situation des praticiens hospitaliers qui demandent l'autorisation d'exercer une activité privée, qu'ils soient régis par le statut des praticiens hospitaliers à plein temps ou celui des praticiens des hôpitaux à temps partiel. La circonstance que l'article R. 6152-270 du même code, relatif à la démission des praticiens des hôpitaux à temps partiel ne rappelle pas expressément la compétence de la commission dans cette situation, à la différence de l'article R. 6152-97 du même code pour les praticiens hospitaliers, est sans incidence à cet égard.

Enfin, la commission n'est pas compétente pour connaître des demandes relatives aux agents de la Banque de France (voir ci-dessous p. 25). En effet, cette institution est une personne publique qui revêt une nature particulière et présente des caractéristiques propres, au nombre desquelles figure le statut de son personnel. Ses membres n'ont pas la qualité d'agents publics et, dès lors, n'entrent pas dans les prévisions du I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993.

B) La notion de fonctions administratives

La commission contrôle la compatibilité de l'activité privée avec les fonctions exercées par l'agent qui présentent un caractère administratif, au cours des trois dernières années précédant le début de l'activité dans le secteur privé, dans l'administration française.

Le caractère administratif des fonctions est apprécié en prenant en compte à la fois la nature de ces fonctions et de celle de l'organisme où elles sont exercées.

La commission a décliné sa compétence pour connaître de la situation d'un agent de la direction centrale des activités commerciales de Météo France souhaitant rejoindre une société privée. En effet, cette direction exerçant ses activités dans le secteur concurrentiel, les fonctions qu'y occupait l'agent n'étaient pas de nature administrative (Avis n°15E1827 du 9 juillet 2015).

En revanche, la commission est compétente pour apprécier la situation d'un inspecteur général des finances qui a exercé les fonctions de chef du département des clientèles au sein de la direction des services bancaires de la Caisse des dépôts et consignations. En effet, si ce département a en partie des activités dans le champ concurrentiel, celles-ci sont étroitement liées aux activités de nature administrative qu'exerçait également l'intéressé, si bien que l'ensemble des fonctions de ce dernier doivent être regardées comme des fonctions administratives (Avis n°15E2402 du 8 octobre 2015).

S'agissant d'un ingénieur général des mines, qui a été détaché auprès de la Banque de France et a exercé pour une part des fonctions au sein de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) et pour une autre part comme chargé de

mission auprès du directeur général des ressources humaines de la Banque de France, la commission distingue selon l'entité d'accueil. Appliquant une jurisprudence constante, elle écarte le caractère administratif des fonctions exercées auprès du directeur des ressources humaines de la Banque de France, institution sui generis, et qui, consistant en une étude sur la prévoyance collective de la Banque de France, ne présentent pas un caractère administratif. En revanche, elle considère que les fonctions exercées auprès de l'APCR ont bien le caractère de fonctions administratives, cette autorité administrative indépendante étant chargée par le législateur notamment de veiller à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle, mission confiée expressément à la direction à la tête de laquelle se trouvait l'intéressé, qui a ensuite été affecté à la délégation du contrôle sur place, directement rattachée au secrétariat général de l'APCR. En conséquence, la commission fait porter son contrôle sur ces fonctions (Avis n° 15E1432 du 11 juin 2015).

Par ailleurs, des fonctions exercées pour le compte d'une organisation internationale ou européenne ne constituent pas des fonctions effectivement exercées dans l'administration française au sens du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 et ne relèvent donc pas de la compétence de la Commission.

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

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

Pour que le contrôle de la commission s'exerce au titre du décret du 26 avril 2007, le fonctionnaire doit se trouver *en cessation définitive* de fonctions (démission ou mise à la retraite), ou en *cessation temporaire* de fonctions (disponibilité, détachement, hors-cadre, mise à disposition ou exclusion temporaire de fonctions).

La commission ne se prononce pas sur la compatibilité d'une activité privée qui a cessé à la date à laquelle elle statue. Ainsi, saisie de l'activité exercée par un cadre socio-éducatif, admis à faire valoir ses droits à la retraite en janvier 2014, qui a créé une SAS de prestations informatiques dans le domaine social, après avoir été salarié entre le 2 janvier 2014 et le 17 mai 2015 dans une société privée puis une association, la commission relève qu'il n'y a plus lieu pour elle de porter un avis sur la compatibilité de ces dernières activités avec les fonctions antérieurement exercées dans l'administration, dès lors que l'intéressé y a mis fin le 17 mai 2015, avant même que la commission ait été saisie. Elle se prononce en revanche sur la compatibilité de l'activité de gestion de la SAS, qui se poursuit (Avis n° 15T2664 du 10 décembre 2015).

La mesure de suspension des fonctions dont un fonctionnaire a fait l'objet a un caractère conservatoire, de sorte que ce dernier demeure en position d'activité. Ceci entraîne deux conséquences :

- la commission examine en application du décret du 2 mai 2007, au titre du cumul d'activités, une demande d'autorisation d'exercice d'une activité privée présentée par un fonctionnaire placé dans cette situation ;

- la commission considère que le contrôle de compatibilité dont elle est chargée en application du décret du 26 avril 2007 est sans objet dès lors que l'agent, ayant fait l'objet d'une mesure de suspension, n'a exercé aucune fonction administrative au cours des trois dernières années⁷.

La commission a été saisie par le CNRS de la situation de personnels de recherche, admis à faire valoir leurs droits à la retraite, qui créent ensuite, sous la forme d'une auto-entreprise, une activité d'expertise ou de consultance scientifique, portant sur leur domaine de compétence et dans le but de pouvoir poursuivre ou achever certains travaux. Cette utilisation de l'auto-entrepreneuriat est parfois encouragée par le laboratoire où exerçaient ces personnels, soucieux de ne pas perdre brutalement des compétences avec le couperet de la limite d'âge. Si le contrôle pénal ne peut trouver à s'exercer puisque l'activité est nouvelle, la commission a relevé, au titre du contrôle déontologique, que l'activité de consultance ainsi créée ne pouvait consister en des missions qui ne peuvent être accomplies que par des fonctionnaires en activité et que le recours aux prestations de ces auto-entrepreneurs ne pouvait résulter que de procédures d'appels à la concurrence (Avis n° 15E1500, 15E1660, n° 15E1661 du 9 juillet 2015).

Il y a lieu de rappeler que la commission n'est compétente que pour vérifier la compatibilité entre les fonctions publiques et les fonctions privées que souhaite exercer l'agent. Elle ne l'est pas lorsque ce dernier change de position statutaire mais continue à exercer les mêmes fonctions dans le secteur privé.

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

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

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

La notion d'« *entreprise privée* » n'est pas définie par la législation. L'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 se borne par ailleurs à énoncer qu'« *est assimilée à une*

⁷ (Avis n°14E1552 du 11 septembre 2014).

entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé ».

En premier lieu, la commission ne considère pas qu'une activité libérale puisse être assimilée à celle exercée dans une entreprise privée. L'installation en cabinet libéral, à titre individuel, n'entre donc pas dans le champ du contrôle pénal prévu par les dispositions du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007.

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

Lorsqu'un agent est recruté par un groupement d'employeurs pour être mis à la disposition exclusive d'une société, la commission prend en compte les fonctions exercées dans cette société pour apprécier l'existence d'une incompatibilité (avis n° 15T1094 du 11 juin 2015). En l'espèce, elle relève que l'activité future de cet agent s'exercera dans une société publique locale qui a pour objet toute opération nécessaire à la mise en œuvre d'un projet urbain et en tire la conclusion que, eu égard au statut légal et aux missions d'une telle société, le recrutement envisagé ne peut être considéré comme entrant dans le champ des interdictions mentionnées à l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 (Avis n° 15T1094 du 11 juin 2015)

b) Cette définition conduit la commission à décliner sa compétence lorsque *l'activité envisagée s'exercera dans des collectivités publiques, leurs groupements ou dans des établissements publics* qui ne peuvent être regardés, au regard des critères ainsi mis en œuvre, comme des entreprises privées. En pareil cas, non seulement l'activité future échappe au champ des interdictions figurant à l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 mais surtout, elle n'entre pas dans les prévisions du I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 qui charge seulement la commission « *d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé ou toute activité libérale* » et non d'émettre un avis sur des activités se rattachant, par leur nature, à des fonctions publiques.

Saisie de la demande d'un agent contractuel de catégorie A pour exercer les fonctions de secrétaire général de l'UGAP, la commission a relevé que cet établissement public était placé sous la tutelle du ministre chargé du budget et du ministre chargé de l'éducation nationale et que son fonctionnement est régi par les dispositions du décret du 30 juillet 1985, qu'il participe à la mise en œuvre d'une politique rationalisée de l'achat public au profit de l'Etat, de ses établissements publics et des collectivités territoriales. Il joue ainsi, pour les collectivités publiques, le rôle d'une centrale d'achat, au sens du code des marchés publics et la création, en 2009, du service des achats de l'Etat a conduit à renforcer sa mission d'opérateur d'achat auprès de l'Etat. Enfin, en raison de ces missions, l'établissement public est lui-même soumis, en vertu de l'article 17 de son décret statutaire, aux dispositions du code des marchés publics applicables à l'Etat. Ainsi, eu égard à son objet et à ses modalités de fonctionnement, l'UGAP ne constitue pas, alors même qu'elle est qualifiée par son

statut d'établissement public industriel et commercial, une entreprise privée au sens des dispositions de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 et de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 (Avis n°14E2228 du 15 janvier 2015).

La commission n'est pas compétente pour se prononcer sur le projet d'un agent qui souhaite rejoindre l'Agence nationale des chèques-vacances. Cet établissement public à caractère industriel et commercial ne peut être caractérisé comme une entreprise privée au sens du décret du 26 avril 2007, en raison de ses missions, de son organisation et de son financement (Avis n°15E3130 du 10 décembre 2015).

La commission a également décliné sa compétence pour connaître de la situation d'un agent rejoignant la RATP pour y exercer des fonctions ne se rattachant pas aux activités que la régie peut exercer, par le biais de filiales, dans le secteur concurrentiel. La commission relève que la RATP est un établissement public industriel et commercial qui dispose, en vertu de dispositions législatives, du monopole de l'exploitation des services qui lui ont été confiés et que l'ouverture à la concurrence de ces services n'entrera progressivement en vigueur qu'à compter de 2024 (Avis n°15E0572 du 12 mars 2015).

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

c) En outre, s'agissant des *entreprises publiques constituée sous la forme de sociétés*, entrant en principe à ce titre dans le champ défini par le I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, la commission considère qu'il n'y a pas lieu d'exercer le contrôle pénal prévu au A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 lorsque l'établissement n'exerce pas son activité dans le secteur concurrentiel ou ne fonctionne pas dans des conditions conformes au droit privé. Tel est le cas notamment des entreprises publiques chargées de l'exploitation d'un monopole public ou dont l'activité non concurrentielle est financée pour l'essentiel par la puissance publique.

Mais, le contrôle s'exerce dans le cas de la SA Aéroports de Paris. Celle-ci constitue une entreprise publique dès lors que l'Etat détient la majorité de son capital. Toutefois, si elle dispose pour partie de droits exclusifs, elle exerce également son activité dans un domaine concurrentiel. Dès lors, la demande d'une administratrice civile de l'aviation civile, précédemment conseillère pour le transport aérien et la construction aéronautique auprès du ministre délégué aux transports, à la mer et à la pêche, souhaitant exercer des fonctions de directrice des ressources humaines au sein de la SA Aéroports de Paris, a été déclarée compatible avec ses fonctions antérieures, dans la mesure où elle n'exerçait aucun des contrôles définis au I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 sur cette entreprise (Avis n°15E1466 du 11 juin 2015).

La commission a qualifié d'entreprise privée, la SEM « Essonne Aménagement » dont l'objet est de réaliser des opérations en matière d'urbanisme, d'aménagement ainsi que de gérer des équipements et dont le capital est détenu à hauteur de 52% par le département. Il a été tenu compte de la circonstance que cette société est amenée à répondre à des avis de mise en concurrence et qu'elle intervient dans un domaine concurrentiel (Avis n°15T3084 du 10 décembre 2015).

De même, une SEM d'Etat, dont l'objet est de réaliser toutes opérations d'achat et d'aménagement de terrains en vue de constructions tendant à l'amélioration et au développement de l'habitat dans le département de la Guadeloupe ainsi que de gérer les logements locatifs sociaux, a été qualifiée d'entreprise privée au sens du décret du 26 avril 2007 alors même que son capital social est détenu à 99 % par des personnes publiques. Dès lors que les missions de la SEM, qui pourraient être exercées par une entreprise privée, relèvent du secteur concurrentiel et que ses recettes sont majoritairement de nature privée, la commission n'a pas considéré que l'activité de la SEM se situe dans le prolongement de celle de la collectivité d'origine (voir ci-dessous) (Avis n° 15E3073 du 10 décembre 2015).

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

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

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

Ainsi, ne constitue pas une « *entreprise privée* » au sens de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, une société publique locale créée par des syndicats mixtes départementaux pour exploiter des réseaux d'initiative publique déployés par ces syndicats, en raison de son statut légal et de son objet, qui est au demeurant limité à l'exploitation des réseaux déployés par ces seuls syndicats (Avis n° 15T2110 du 3 septembre 2015).

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

f) Les dispositions du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 ne s'appliquent pas non plus aux activités exercées dans un syndicat ou une organisation professionnelle, structures de droit privé qui ne peuvent être assimilées à une entreprise

du secteur concurrentiel. Mais, dans ces cas, dès lors que l'activité s'exercera dans une structure privée, la commission exerce sa compétence au titre du contrôle déontologique dans les conditions du B du I du même article.

g) Enfin, il convient de rappeler que le contrôle de la commission, chargée par l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 de donner un avis sur les projets de départ des agents qui envisagent d'exercer une activité privée lucrative, ne porte pas sur les activités bénévoles, notamment au sein d'associations.

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

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

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

La commission a été saisie de la demande d'un fonctionnaire souhaitant occuper le poste de directeur général du Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP), géré par une association de type loi 1901, qui a pour objet d'assurer la répartition équitable des ressources entre les organismes collecteurs des fonds de la formation professionnelle et de financer directement des actions de formation professionnelle pour des publics prioritaires. Ce fonds est habilité à recevoir des ressources tirées, d'une part, d'une fraction de la participation des employeurs au financement de la formation professionnelle continue et, d'autre part, d'un prélèvement annuel sur les ressources des organismes collecteurs paritaires agréés. Un accord national interprofessionnel et une convention-cadre entre l'Etat et le fonds déterminent l'affectation des ressources dont il dispose. En l'absence d'accord, le ministre chargé de la formation professionnelle arrête l'affectation desdites ressources. Compte tenu de son activité et de son mode de fonctionnement, le FPSPP ne peut être regardé comme une entreprise au sens du I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 précitée. En conséquence, le contrôle de la commission se limite au contrôle déontologique (Avis n° 15E0220 du 12 février 2015).

Saisie par le centre national de gestion, de la demande d'un directeur d'hôpital pour exercer comme directeur général de l'association générale des

institutions de retraite des cadres (AGIRC) et de l'association pour le régime de retraite complémentaire des salariés (ARRCO) et du groupement d'intérêt économique (GIE) AGIRC-ARRCO dont le siège est à Paris (75012), la commission relève que, d'une part, l'AGIRC et l'ARCCO sont constituées sous forme d'association et gèrent les régimes de retraite complémentaire obligatoires en application de l'article L. 921-1 du code de la sécurité sociale. Elles assurent ainsi une mission d'intérêt général. Dès lors, eu égard à leur objet et à leurs modalités de fonctionnement et de financement, l'AGIRC, l'ARRCO et le GIE AGIRC-ARRCO ne constituent pas des entreprises privées au sens du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007 (Avis n°14H2263 du 15 janvier 2015).

Par ailleurs, l'installation en cabinet libéral, à titre individuel, n'entre pas dans le champ des dispositions du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, dès lors que la commission ne considère pas qu'une telle activité puisse être assimilée à celle exercée dans une entreprise privée.

Mais un agent public qui déclare vouloir être employé en qualité de salarié par une personne qui exerce une activité libérale, notamment celle d'avocat, quelle qu'en soit la forme, individuelle, en association ou en société, ne saurait être regardé comme exerçant lui-même une telle activité et doit, en conséquence, être assimilé à un agent qui envisage de travailler au sein d'une entreprise privée et son activité future fait donc l'objet d'un examen à la fois au titre du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 et au titre du B de ce même article

L'activité d'avocat collaborateur, même si elle est exercée sous la forme d'un contrat de collaboration sous statut libéral, au sein d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée d'avocats (SELARL), qui est une société de capitaux et doit être regardée comme une entreprise privée au sens des dispositions du A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007, constitue un travail dans cette entreprise au sens des mêmes dispositions. Il y a donc matière à exercer le contrôle pénal dans le cas du directeur des affaires juridiques et des marchés publics d'une commune qui souhaite rejoindre cette société en qualité d'avocat collaborateur.

En résumé :

Nature de l'activité envisagée	Organisme de destination	Contrôle pénal	Contrôle déontologique
Privée	Privé marchand	Oui	oui
Privée	Public concurrentiel	Oui	oui
Privée	Privé non marchand	Non	oui
Libérale		Non	oui
Publique	Public (Coll.terr, EPA, SPL)	Non	non
Publique (DG et comptable)	Public concurrentiel ou non	Non	non

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

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

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

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

Que l'agent intéressé cesse ses fonctions administratives temporairement ou définitivement, l'interdiction ou la réserve s'applique pour une durée de trois ans à compter **de la cessation des fonctions** justifiant l'interdiction ou la réserve, en vertu du II de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007.

Le point de départ de ce délai est parfois difficile à déterminer, notamment lorsque l'agent bénéficie de modalités particulières de cessation de fonctions ou solde des congés.

Ainsi, la commission a-t-elle fait partir *le délai de trois ans de la date du départ à la retraite* d'un agent, même si celui-ci avait pris tous ses congés avant son départ à la retraite et n'était donc plus effectivement présent dans le service, l'intéressé demeurant, statutairement, dans l'organisation du service qui l'employait (avis n°14E0004 du 16 janvier 2014). Elle a retenu cette même interprétation pour les régimes de cessation progressive d'activité, dans lesquels l'intéressé n'a pas rompu tout lien avec le service.

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

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

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

2.2.2 La nature et les principaux critères du contrôle

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

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

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

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

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

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

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

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*.

En vertu du principe d'interprétation stricte des dispositions pénales, la commission considère que ces interdictions ne trouvent à s'appliquer qu'en cas de détention directe. Ainsi, elle considère qu'un ingénieur de la DGA, qui occupe les fonctions d'acheteur négociateur auprès du service central des achats techniques et qui a été en charge de la préparation et de la négociation de marchés publics conclus avec une société appartenant au même groupe que la société qu'il souhaite rejoindre, ne peut être regardé comme ayant formulé un avis sur un contrat conclu avec une entreprise « sœur » de cette dernière dès lors que les deux sociétés ne sont pas directement à au moins 30% du capital sous le contrôle de la même entreprise (Avis n°15E0142 du 12 février 2015).

Elle confirme cette position en considérant que les interdictions visées au A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007 ne font pas obstacle à ce qu'un agent public soit recruté par une entreprise lorsque celle-ci n'est pas la société mère, ni la fille, ni une société sœur de celles avec lesquelles l'agent intéressé a entretenu des relations contractuelles dans le cadre de ses fonctions administratives. La circonstance que les sociétés concernées appartiennent au même groupe d'entreprises en raison de liens capitalistiques indirects est à cet égard sans influence. En revanche, il demeure exclu que durant la période de trois ans mentionnée au II du même article l'agent intéressé soit amené à exercer des fonctions au profit d'une entreprise qui entre dans le champ du I de l'article 1^{er}, notamment lorsque cette entreprise appartient au groupe qu'il a rejoint. **Aussi, la pratique qui consiste pour les autorités administratives destinataires des avis de la commission de déontologie à informer leurs agents que la portée de l'autorisation qu'elles délivrent ensuite au vu de cet avis est circonscrite à la déclaration d'exercice de l'activité privée soumise à la commission et qu'un changement de situation susceptible de modifier l'analyse déontologique, notamment au sein d'un groupe de sociétés, est de nature à justifier une nouvelle demande d'avis, doit être encouragée** (Avis n°15E0122 du 12 février 2015).

Lorsque l'agent envisage de rejoindre une association regardée comme une entreprise privée au sens et pour l'application du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, dès lors qu'elle intervient dans le champ concurrentiel et que ses prestations sont rémunérées, la commission procède au contrôle dit « pénal » selon des modalités adaptées aux liens capitalistiques qu'une association est susceptible d'entretenir avec d'autres entreprises privées. En effet, si une association peut être la société mère d'une société de capitaux ou d'une société de personnes, elle ne peut, en revanche, être la filiale d'une autre société dès lors qu'elle ne possède pas de capital social. Dans un tel cas, la commission vérifie que l'agent n'a pas été chargé, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées, d'assurer la surveillance ou le contrôle de l'association qu'il entend rejoindre ou de toute autre entreprise, d'une part, dont cette association détiendrait une fraction du capital égale ou supérieure à celle visée au *a* du A de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 ci-dessus cité ou, d'autre part, ayant avec cette association les liens définis au *b* du A de cet article, ou de conclure des contrats de toute nature avec l'une de ces entreprises ou de formuler un avis sur ces mêmes contrats ou encore de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par l'une de ces entreprises ou de formuler un avis sur de telles décisions.

Au cours de l'année 2015, la commission s'est employée à confirmer sa jurisprudence à partir de ces différents éléments.

- *La notion de contrôle ou de surveillance*

La commission a été amenée à préciser sa jurisprudence en examinant les demandes de fonctionnaires ayant exercé en qualité de représentant de l'Etat au sein de conseils d'administration et d'organes délibérants de sociétés, dans l'état du droit antérieur à la réforme opérée par l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.

La commission a été saisie du cas du dirigeant d'un établissement public qui souhaitait rejoindre une société privée dont il était l'administrateur en qualité de représentant de l'Etat. Elle a relevé que, préfet hors cadre, l'intéressé avait été nommé sur le fondement des dispositions introduites par le décret n° 2007-93 du 25 janvier 2007 qui ont permis à l'Etat de choisir ses représentants au sein des sociétés privées parmi les dirigeants d'établissements publics ou d'entreprises publiques. La commission a considéré qu'il avait été désigné en raison de son expérience personnelle et non au titre de fonctions administratives au sein de l'Etat, et que l'exercice de son mandat d'administrateur de la société privée était indépendant de ses fonctions de dirigeant d'un établissement public. La commission a déduit de l'ensemble de ces circonstances que, eu égard à l'objet des dispositions du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 qui est de prévenir la commission du délit de prise illégale d'intérêt défini à l'article 432-13 du code pénal, l'intéressé ne pouvait être regardé comme ayant été chargé d'assurer le contrôle ou la surveillance de la société qu'il souhaitait rejoindre en siégeant à son conseil d'administration, alors même qu'il y avait été désigné en qualité de représentant de l'Etat (Avis n°15E0890 du 9 avril 2015).

La commission a été saisie de deux demandes concernant des personnels d'agences régionales de santé (ARS). Sa réponse est différente selon les fonctions effectivement exercées par les intéressés.

Elle donne ainsi un avis favorable à la demande du directeur adjoint du pôle médico-social d'une ARS qui souhaite diriger le pôle médico-social d'une mutuelle. Si cette mutuelle gère deux établissements médico-sociaux dans le ressort de l'agence, il ne résulte pas de l'instruction que l'agent ait effectivement exercé un contrôle ou une surveillance de ces établissements, ni conclu un contrat avec eux, ni proposé directement à l'autorité compétente des décisions relatives à leurs opérations ou formulé un avis sur de telles décisions (Avis n°15E3128 du 10 décembre 2015).

La commission a, en revanche, estimé que les fonctions de directeur général d'une union territoriale de mutuelles gérant des établissements de santé étaient incompatibles avec les fonctions précédentes de directeur général de l'agence régionale de santé dans la même région. En cette qualité, l'intéressé était appelé à assurer le contrôle et la surveillance de l'ensemble des établissements de santé de la région. Il avait, à ce titre, autorisé la conclusion, sur le fondement de l'article L. 6143-1 du code

de la santé publique, d'un contrat de retour à l'équilibre financier avec un établissement de santé détenu à plus de 30 % par l'union territoriale de mutuelles qu'il souhaitait rejoindre (Avis n°15E1709 du 9 juillet 2015).

De la même façon, un inspecteur de la DREAL, chargé de contrôler les installations classées pour la protection de l'environnement, ne peut exercer des fonctions de responsable hygiène, sécurité et environnement au sein d'une société dont il a eu à inspecter l'un des sites de production ou de stockage (Avis n°15E3082 du 10 décembre 2015).

La commission a estimé que la directrice générale adjointe d'un département, chargée de l'aménagement et du développement des territoires et de la coordination avec les opérateurs du conseil départemental qui œuvrent dans le domaine de l'aménagement du territoire, ne pouvait rejoindre la société d'économie mixte « Essonne Aménagement » en qualité de directrice générale déléguée, dès lors que l'intéressée avait, notamment, proposé des apports en compte courant d'associés et participé à l'élaboration du plan de restructuration de la SEM (Avis n°15T3084 du 10 décembre 2015).

La circonstance qu'un ancien préfet a été commissaire du gouvernement d'une société d'économie mixte au cours des trois années précédant la date à laquelle il souhaite commencer son activité privée constitue un obstacle à ce qu'il rejoigne cette SEM en qualité de président du conseil d'administration quand bien même il aurait donné mandat au sous-préfet pour le représenter et qu'il n'aurait effectivement jamais siégé au conseil d'administration. La commission a considéré que l'intéressé ne pouvait pas être regardé comme n'ayant pas assuré la surveillance ou le contrôle de la SEM ou bien participé à des décisions relatives à cette société (Avis n°15E3073 du 10 décembre 2015).

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

La commission prononce une incompatibilité à l'égard du projet d'un adjoint de première classe du patrimoine qui souhaite reprendre le fonds d'une librairie pour enfants et créer une activité de vente et d'organisation d'actions de promotion de livres, jeux et jouets pour jeunes enfants, dans la ville où elle exerçait les fonctions de coordinatrice des ludothèques au sein du service « Education enfance ». En effet, l'intéressée a passé des commandes auprès de cette librairie, signé des bons de commande et émis des avis ou proposé à ses collègues ou à d'autres services de la commune d'effectuer des achats auprès de ladite librairie, qui réalisait en moyenne un quart de son chiffre d'affaires avec la commune, son premier client. Dans ces conditions, l'activité envisagée par l'intéressée entraîne un risque de confusion de nature à porter atteinte au bon fonctionnement, à l'indépendance ou à la neutralité du service et est, par suite, incompatible avec ses fonctions antérieures (Avis n°15T1402 du 11 juin 2015).

La commission s'attache, dans son analyse, à apprécier si l'avis ou les avis rendus par l'agent sont susceptibles de révéler un conflit d'intérêts.

Tel n'est pas le cas lorsque l'agent est un technicien qui se borne à vérifier, à partir d'un référentiel, que le produit répond à certaines caractéristiques ou remplit certaines fonctionnalités. La commission a ainsi émis un avis favorable à la demande d'un ancien agent de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé qui souhaitait rejoindre une société commercialisant des produits pharmaceutiques. Si, lors de ses fonctions à l'ANSM, l'intéressé a été amené à instruire les demandes d'autorisation d'importation de médicaments présentées par cette société, son rôle s'est borné à vérifier, à partir d'un référentiel, le respect de prescriptions relatives à l'étiquetage et le conditionnement des médicaments. Ce rôle ne lui donnait aucune marge d'appréciation dans les avis qu'il avait à rendre. La commission a dès lors estimé que l'intéressé ne relevait pas d'un des cas prévus au A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007 (Avis n°15E1051 du 7 mai 2015).

Lorsqu'un agent public est amené à rendre un avis technique sur des opérations réalisées par une entreprise, la commission tient également compte des modalités de son intervention dans le processus de décision et de son niveau de responsabilité. Ainsi, alors qu'un agent contractuel exerçant le métier d'architecte fonction avionique au sein de la Direction générale de l'armement avait émis des avis techniques sur les prestations d'une entreprise assurant le soutien technique d'hélicoptères, la commission a écarté le risque pénal compte tenu du fait que le guide interne relatif à la préparation et à la validation des actes techniques du pôle Architecture et techniques des systèmes aéronautiques prévoyait que les travaux préparatoires réalisés par l'agent devaient être contrôlés par l'architecte en charge du projet ainsi que par un référent technique, lequel était désigné par le guide comme le véritable responsable de la classification de l'acte technique et comme seul signataire du projet de présentation soumis à la personne responsable de la validation de cet acte (Avis n°15E2420 du 8 octobre 2015).

Mais, la commission a rendu un avis défavorable au projet d'un agent de l'Autorité des marchés financiers (AMF) souhaitant rejoindre une société alors que, dans le cadre de ses fonctions, il avait été amené à procéder à l'analyse des risques d'une filiale exerçant l'activité de chambre de compensation. Certes, l'appréciation des modèles de risques des chambres de compensation relève de la compétence de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et l'agent n'avait pas participé à l'adoption d'avis adressés à cette autorité par l'AMF, ni d'aucune décision prise par celle-ci dans son champ de compétence, qui porte sur les règles de fonctionnement des chambres de compensation. La commission a néanmoins estimé qu'en formulant des avis sur les modèles de risques de la chambre de compensation, l'agent avait participé à la supervision collégiale de cette société qui découle notamment de l'existence d'un collège des régulateurs dont l'AMF est membre (Avis n°15E1886 du 9 juillet 2015).

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

La commission s'assure de l'absence de risque pénal en vérifiant que l'intéressé n'a pas été conduit à formuler des propositions directes à l'autorité compétente

relatives à des opérations qu'aurait réalisées l'entreprise dans laquelle cet agent souhaite exercer son activité privée ou qui lui sont liées.

Mais la commission écarte le risque pénal lorsque l'appréciation de l'agent est exempte de subjectivité et ne révèle aucun risque pénal.

La commission a ainsi estimé qu'un rédacteur au service des transports du département du Doubs, chargé notamment de la gestion administrative des contrats de transport public, pouvait rejoindre la Régie départementale des transports du Doubs en qualité d'adjoint au directeur dès lors que si la régie était titulaire de plusieurs contrats conclus avec le service des transports et qu'elle se portait candidate aux appels à concurrence passés par la collectivité, le rédacteur, qui était chargé de préparer les documents de consultation des entreprises, ne disposait pas de pouvoir d'appréciation en matière de définition du besoin de la collectivité et des critères et modalités de la mise en concurrence, son rôle se limitant à la mise en forme des documents consultatifs. En outre, la partie du rapport d'analyse des offres rédigée par l'intéressé se limitait à rappeler des éléments objectifs de la procédure, l'analyse des offres proprement dite relevant de la compétence de sa hiérarchie. Par conséquent, la commission a considéré que cet agent ne pouvait être regardé comme ayant fait, dans le cadre de ses fonctions administratives, des propositions directes à son employeur relatives à des opérations réalisées par l'entreprise qu'il souhaitait rejoindre (Avis n° 15T0167 du 12 février 2015).

Un exemple concernant un agent de l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) montre les éléments d'appréciation pris en compte. Lorsque ceux-ci font apparaître qu'au-delà du simple suivi des avis de l'ANSES, l'agent rédige lui-même les projets d'autorisation de mise sur le marché, la circonstance que sa marge d'appréciation serait réduite car encadrée par les évaluations de l'ANSES ainsi que par une doctrine interne de la commission des produits chimiques et biocides du ministère de l'écologie ne permet pas d'écarter le risque pénal. La rédaction d'un projet d'autorisation d'une AMM entraîne une incompatibilité pour exercer une activité professionnelle au sein de l'entreprise qui la sollicitait. En effet, l'agent a lui-même rédigé le projet et donc porté, personnellement, une appréciation sur la demande, alors même que ce projet devait faire l'objet d'une validation par sa hiérarchie directe (Avis n°15E1824 du 9 juillet 2015)⁸.

La commission a également estimé que la signature d'un permis de construire sollicité par l'entreprise que souhaite rejoindre l'agent constitue un obstacle pour l'exercice d'une activité privée au sein de cette entreprise. Cependant, la commission a émis un avis de compatibilité dès lors que l'agent a différé sa date de départ au-delà du délai de trois ans suivant la signature de cet acte (Avis n°15E1131 du 7 mai 2015).

⁸ Voir également avis n°14E1418 du 11 septembre 2014, dans lequel l'avis excluait toute appréciation subjective.

La commission a estimé que les fonctions d'informaticien au sein du département « Technologies de l'information et de la communication » d'une collectivité territoriale était incompatible avec les fonctions de consultant informatique d'une société de prestations informatiques dès lors que celle-ci était prestataire de la collectivité en cause. L'agent avait émis des avis consistant à analyser les propositions de la société lors des interventions de celle-ci et, par suite, a été regardé comme ayant formulé des avis sur des décisions relatives à des opérations que la société, qu'il souhaitait rejoindre, avait réalisées (Avis n°14T327 du 12 février 2015).

De même, la rédaction d'un cahier des clauses techniques particulières (CCTP) relatif à un marché conclu avec une société sœur de la société que souhaitait rejoindre un ingénieur « architecte moteur » au sein d'une direction technique de la DGA ainsi que l'émission d'avis techniques indiquant que les travaux réalisés étaient conformes aux prestations attendues conduisent à considérer que cet ingénieur avait été chargé de l'exécution du marché, qu'il avait, en partie, rédigé. Elle a donc émis un avis d'incompatibilité en considérant que l'intéressé devait être regardé comme ayant proposé directement à son administration des décisions relatives à des opérations que la société sœur réalisait (Avis n°15E1049 du 7 mai 2015).

2) *Le respect des critères déontologiques*

- La notion de dignité des fonctions administratives

Il peut s'agir notamment de cas dans lesquels les agents souhaitent exercer une activité proche d'une profession réglementée, sans en remplir les conditions, notamment de diplômes. Une telle attitude est évidemment contraire à la dignité des fonctions publiques exercées. Peu fréquent dans le cadre des départs de l'administration, ce critère trouve plus fréquemment à s'appliquer en cas de cumul d'activités (cf. exemples présentés au B de la partie 2.3.2).

Ainsi, alors que la mise en œuvre d'une technique non conventionnelle à visée thérapeutique référencée par la MIVILUDES parmi les pratiques susceptibles de présenter un risque de dérive sectaire conduit la commission à refuser le cumul d'une activité privée de cette sorte avec des fonctions administratives, elle admet qu'un agent puisse exercer cette activité, mais avec des réserves, lorsqu'il fait le choix de quitter ses fonctions, même temporairement, dans la position de disponibilité (Avis n°15E2483 du 8 octobre 2015).

Ainsi, n'a pas été considérée comme incompatible une activité de « thérapie énergétique » qu'un fonctionnaire envisage d'exercer, dans le cadre d'une disponibilité dès lors que cette activité ne paraît pas de nature à porter atteinte à la dignité de ses fonctions précédentes ou à risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité de ce service (Avis n°15E0573 du 12 mars 2015).

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

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

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

Pour éviter également que la situation puisse donner à penser que l'agent a profité de ses fonctions administratives pour se créer une clientèle qu'il exploitera ensuite à titre privé, il peut lui être demandé de *ne pas avoir de relations professionnelles* avec des personnes physiques ou morales avec lesquelles il a pu être en relation 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.

Lorsqu'un agent de l'Agence des participations de l'Etat souhaite exercer une activité privée dans le cadre de laquelle il est susceptible de proposer ses services aux entités dans le périmètre de l'agence, la commission lui demande de s'abstenir de telles relations. Il en est allé ainsi à propos du directeur de l'agence qui souhaitait rejoindre une banque de financement et d'investissement⁹ ou d'un agent prenant une activité d'avocat¹⁰. En revanche, la commission n'émet pas une telle réserve dans le cas d'un directeur de l'agence qui prend des fonctions au sein d'un groupe de communications électroniques, sans relation aucune avec l'APE (Avis n°15E3129 du 10 décembre 2015).

La commission a donné un avis défavorable à la demande d'un agent d'une communauté de communes, responsable des équipements sportifs, souhaitant se porter candidat à l'attribution par cette collectivité d'une délégation de service public pour l'exploitation d'un camping, par le biais d'une société qu'il créait. Alors même que le suivi de la délégation de service public serait confié à une autre direction que celle à laquelle appartenait l'agent, l'activité envisagée par l'intéressé impliquerait nécessairement l'existence de relations professionnelles étroites entre celui-ci, en qualité de cogérant, et les services chargés du tourisme au sein de la communauté de

⁹ Avis n° 14E1005 du 12 juin 2014)

¹⁰ Avis n°13E03654 du 14 mars 2013

communes. Cette situation ne pourrait qu'entraîner un risque de confusion de nature à porter atteinte au bon fonctionnement, à l'indépendance et à la neutralité du service, compte tenu notamment de l'effet d'image provoqué par le fait qu'un ancien agent d'une collectivité publique serait désormais chargé par celle-ci de l'exécution d'une délégation de service public (Avis n°15T0003 du 12 février 2015 et n°15T0753 du 9 avril 2015).

La notion de bon fonctionnement du service au sens des règles de déontologie ne doit pas être confondue avec celle que peut utiliser le responsable des ressources humaines pour évaluer la bonne adéquation des effectifs à l'activité du service. La situation créée dans le service par le départ d'un agent peut, dans nombre de cas, créer une difficulté de gestion, sans mettre en cause les règles de déontologie.

Ainsi, la demande d'un praticien hospitalier, placé en position de disponibilité, pour exercer, à titre libéral, une activité de médecin pédiatre dans un cabinet libéral, n'est pas de nature à risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service public hospitalier. Les difficultés de fonctionnement du service dans lequel l'intéressée exerçait au sein du centre hospitalier de Laon sont inhérentes à son départ, qui résulte de la mise en disponibilité accordée à la fin de l'année 2014 par le Centre national de gestion, et non au projet d'exercice d'une activité libérale sur lequel la commission est appelée à se prononcer (Avis n°15H0747 du 9 avril 2015).

En revanche, la commission prononce un avis d'incompatibilité sur le projet d'un cadre socio-éducatif à la retraite qui déclare d'une part avoir créé, en juillet 2014, une SAS ayant pour objet la réalisation de prestations informatiques et de prestations d'accompagnement dans le secteur social. En effet, l'intéressé a exercé les fonctions de chargé de mission auprès des lieux de vie et d'accueil au sein de la direction de la prévention et de la protection de l'enfance du département de l'Essonne et, à ce titre, a été notamment chargé d'assurer le contrôle pédagogique des lieux de vie autorisés par le département. Or, la société créée a notamment pour objet de proposer à l'ensemble des professionnels de l'action sociale un portail collaboratif facilitant l'échange d'informations et le partage d'expériences, ainsi que des outils et systèmes informatiques, et d'accompagner les collectivités territoriales qui souhaitent utiliser ou adapter le logiciel que l'intéressé a contribué à développer dans le cadre de ses fonctions administratives. Dans ces conditions, l'exercice de cette activité privée, qui exploite notamment un logiciel réalisé dans le service public, et alors même que l'intéressé a cessé ses fonctions au sein du département, est susceptible de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service dans lequel il était affecté (Avis n°15T2664 du 10 décembre 2015).

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

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

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

(...)

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

Examinant la demande d'un agent chargé de fonctions d'inspection de la filière bovine dans un département, qui souhaite quitter ses fonctions pour créer une activité de négociant dans le même secteur, la commission donne un avis favorable sous la réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation d'affaires avec les personnes qui ont été soumises aux opérations de contrôle qu'il a réalisées, durant une durée de trois ans à compter de la signature de chaque rapport d'inspection. Cette réserve vise à écarter l'éventuelle suspicion qui pourrait naître concernant la nature des contrôles exercés dans le cadre des fonctions administratives de l'intéressé et d'éviter que ces fonctions soient perçues comme un moyen de développer une clientèle privée (Avis n°15E0256 du 12 février 2015).

2.2.3 Quelques exemples

Les agents appartenant au ministère de l'éducation nationale, ceux du ministère de l'intérieur, essentiellement des policiers, les agents des ministères économiques et financiers et, dans une moindre proportion, les agents du ministère de l'écologie, du ministère de la défense et du ministère de la justice constituent les principales catégories d'agents ayant fait l'objet en 2015 d'avis de la commission, en général de compatibilité avec réserves, eu égard à la nature des fonctions publiques exercées. Dans la fonction publique territoriale, cela concerne majoritairement les agents des communes et des départements.

Une ingénieure d'étude, placée en disponibilité pour convenances personnelles depuis le 20 décembre 2014, peut exercer, à titre libéral, une activité de coaching en développement personnel, qui l'amènera à mettre en œuvre des techniques de logothérapie et de programmation neuro-linguistique (PNL), sans risquer de porter atteinte à la dignité des fonctions qu'elle a exercées dans l'administration ou à risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service dans lequel elle était employée, sous réserve qu'elle s'abstienne, jusqu'au 19 décembre 2017, de prendre en charge des collègues ou des personnes rencontrées dans l'exercice de ses fonctions administratives, et de toute relation professionnelle avec le service d'orientation professionnelle au sein de l'université de Toulon (Avis n°15E3075 du 10 décembre 2015).

Saisie de la demande d'un ingénieur en chef des mines, exerçant les fonctions de directeur industriel en charge de l'exploitation des installations au sein de l'agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (ANDRA), qui est un établissement public industriel et commercial, en vue de rejoindre la société par actions simplifiée DAHER TECHNOLOGIES, dont l'objet est l'affrètement et l'organisation des transports, pour y exercer une activité privée de « VP – Nuclear Services BU Technologies Avancées », la commission émet un avis de compatibilité sans réserve (Avis n°15E2106 du 3 septembre 2015).

L'article L. 422-8 du code de l'urbanisme mettant fin à compter du 1^{er} juillet 2015, pour l'instruction des demandes d'occupation des sols, à la mise à disposition gratuite des services déconcentrés de l'Etat au profit des communes de moins de 10 000 habitants membres d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) regroupant lui-même plus de 10 000 habitants, un technicien supérieur du ministère de l'écologie chargé de cette fonction jusqu'à la date de son admission à la retraite au mois de juin 2015, a saisi la commission d'un projet de création d'une auto-entreprise ayant vocation à conseiller les collectivités territoriales désormais tenues d'instruire elles-mêmes les demandes d'occupation des sols qui leur étaient adressées. La commission a estimé, dans une telle hypothèse, que la création de cette auto-entreprise ne se heurtait à aucun obstacle déontologique. (Avis n°15E1410 du 11 juin 2015).

La commission a considéré, dans la mesure où les conditions du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 étaient respectées, que des directeurs adjoints du centre opérationnel de la sécurité des systèmes d'information de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) au sein de secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale pouvaient rejoindre une entreprise privée, prestataire de confiance agréé par l'agence dans le cadre de la lutte contre les agressions informatiques des ministères ou structures d'intérêt vital, pour y exercer des missions de protection des systèmes d'information et contribuer à renforcer le niveau d'expertise de cette société (Avis n°15E3113 du 10 décembre 2015).

Faisant application d'une jurisprudence bien établie, la commission donne un avis favorable au projet d'une administratrice de la ville de Paris, en détachement pour exercer des fonctions successivement dans plusieurs cabinets ministériels, qui souhaite exercer l'activité de directrice générale de l'institut pour le financement du cinéma et des industries culturelles (IFCIC), société anonyme. D'une part, l'intéressée n'a pas été chargée dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, d'assurer la surveillance ou le contrôle de cette société et d'autre part, les fonctions qu'elle envisage d'exercer ne sont pas de nature à porter atteinte à la dignité de ses fonctions précédentes ou à risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité de ce service, sous la réserve, habituelle pour les membres des cabinets ministériels, qu'elle s'abstienne, jusqu'au 14 juillet 2018, de toute relation professionnelle avec les membres du cabinet du Premier ministre qui étaient en fonction lorsque elle-même y exerçait ses fonctions (Avis n°15E1948 du 9 juillet 2015).

*
* *

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

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

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

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

A) Quels sont les agents et les cas visés ?

En ce qui concerne le cumul d'activités, en vertu des dispositions du 1° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 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.

La commission a dû répondre à la question de savoir si un agent public placé en congé de maladie de longue durée pouvait bénéficier des dispositions du décret du 2 mai 2007 pour créer une entreprise. Après avoir relevé que, en vertu de l'article 41 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, le congé de longue maladie était assimilé à une position d'activité, la commission a estimé qu'il n'y avait pas d'obstacle à ce qu'un agent dans cette situation demande à bénéficier du droit au cumul d'activités pour création d'entreprise, qui s'applique à tous les agents en position d'activité, par dérogation à l'interdiction générale de cumul à laquelle sont soumis les agents publics. Certes, l'article 38 du décret du 14 mars 1986 relatif notamment au régime des congés de maladie des fonctionnaires prévoit que l'agent en congé de longue maladie « *doit cesser tout travail rémunéré, sauf les activités ordonnées et contrôlées médicalement au titre de la réadaptation...* » mais ces dispositions, qui ne visent au demeurant que les fonctions publiques, ne peuvent prévaloir sur la loi.

Un ministre plénipotentiaire qui bénéficie du dispositif de fin d'activité institué par le décret n° 2011-634 du 8 juin 2011 instituant un dispositif de fin d'activité applicable aux ministres plénipotentiaires et aux conseillers des affaires étrangères hors classe, n'est pas un agent qui a cessé ses fonctions au sens des articles 87 de la loi du 29 janvier 1993 et 1^{er} du décret du 26 avril 2007. Lorsqu'il demande à créer une auto-entreprise qui a pour objet le conseil en matière diplomatique, son projet est donc regardé par la commission comme entrant dans le champ des dispositions du décret du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activité des fonctionnaires (Avis n°15E0798 du 9 avril 2015).

Il résulte des dispositions de l'article 11 du décret du 2 mai 2007 que la commission doit être saisie de la déclaration de création d'entreprise présentée par l'agent à son administration. En l'état des textes, la commission n'est pas compétente pour examiner la situation d'un agent qui cumule ses fonctions administratives avec une activité privée sans en avoir demandé l'autorisation à son administration (Avis n°15E1659 du 9 juillet 2015).

- Saisie par le président d'un centre hospitalier régional universitaire (CHRU) ayant recruté un praticien attaché contractuel à 80 %, de la déclaration de poursuite d'une activité privée présentée par ce dernier au sein d'une société ayant pour objet la conception et la réalisation de dispositifs de traitement de l'environnement faisant appel aux techniques de l'assainissement et de lutte contre la pollution, la commission lui donne un avis favorable sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation commerciale avec le CHRU. La commission relève que des relations entre l'entreprise et le CHRU ne pourraient être envisagées que si elles s'inscrivaient dans le cadre et les conditions définis par le code de la recherche, notamment en ce qui concerne le rôle joué par ce praticien hospitalier dans la société en cause (Avis n°15H1043 du 7 mai 2015).

Durée du cumul

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

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

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

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

L'activité de l'entreprise

Il doit s'agir d'une création ou d'une reprise d'entreprise privée ou assimilée. Aussi la commission vérifie-t-elle, dans le cas de création d'une société que l'agent public intéressé y exercera des fonctions de direction permettant de le regarder comme le créateur de l'entreprise,

De même, le cumul d'activités au titre de la poursuite d'une activité telle que définie par les dispositions du 2° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 n'est possible, lorsque l'activité doit s'exercer dans une société, que dans la seule hypothèse où l'agent concerné a la qualité de dirigeant.

Ces dispositions sont aussi interprétées comme incluant les dirigeants d'entreprise au sens général. Ainsi, l'interdiction d'exercer à titre professionnel une activité lucrative n'est-elle pas opposable à l'artisan, à l'auto-entrepreneur ou à toute personne exerçant une profession libérale qui intègre la fonction publique et souhaite poursuivre l'exercice de son activité privée.

De la sorte, une psychologue recrutée par un centre hospitalier qui a demandé à poursuivre son activité libérale de psychologue pendant une durée limitée afin de terminer les psychothérapies engagées auprès de patients est autorisée à cumuler ces deux activités.

La demande d'autorisation de cumul peut porter sur la gérance de deux sociétés liées entre elles¹¹

La circonstance qu'un fonctionnaire, qui souhaite cumuler son activité avec l'exercice d'une activité privée, ne perçoive pas de rémunération au titre de ses fonctions de direction, mais soit seulement susceptible de percevoir des dividendes en sa qualité d'associé, ne fait pas obstacle à ce que la commission de déontologie soit compétente pour connaître de sa demande de cumul d'activités¹².

De même, la commission s'est déclarée compétente pour examiner la situation d'une assistante d'enseignement artistique souhaitant développer un blog personnel dans la mesure où ce dernier est rémunéré par de la publicité, les recettes générées constituant un revenu commercial (Avis n°15T2481 du 12 novembre 2015).

L'exercice d'une activité accessoire

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

Les demandes de travail à temps partiel

Enfin, aux termes de la loi, l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée « *de plein droit* » à l'agent qui crée ou reprend une entreprise. Il arrive

¹¹ Avis n° 13E2111 du 16 janvier 2014.

¹² (Avis n°14H1791 du 13 novembre 2014).

que l'administration, lorsqu'elle porte une appréciation sur le cumul d'activités de l'agent, dans le formulaire transmis à la commission, émette un avis défavorable à ce cumul en estimant que le temps de travail de cet agent sera insuffisant au regard des nécessités du service. Mais, les critères sur le fondement desquels se prononce la commission sont de nature déontologique, sans relation directe avec les besoins du service. Il appartient à la seule administration d'apprécier si ceux-ci doivent la conduire à ne pas donner une suite favorable à la demande de l'agent.

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

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

Articulation avec le code de la recherche

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

B) Le champ de compétence de la commission

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

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

1 – La commission n'est pas compétente s'il n'y a pas création d'entreprise :

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

Saisie de la demande d'un agent qui souhaitait poursuivre les fonctions bénévoles de direction d'une école privée qu'il exerçait avant son entrée dans la fonction publique, la commission a décliné sa compétence. En effet, l'intéressé ne participant pas aux organes de direction de l'association gérant l'école, son activité ne se heurte pas à l'interdiction faite aux agents publics de participer, même sans but lucratif, aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts (Avis n°15E1087 du 7 mai 2015).

La commission n'est pas compétente pour se prononcer sur la compatibilité entre les fonctions d'un agent public et l'exercice parallèle, à titre personnel, d'un mandat d'administrateur d'une société anonyme existante, en l'absence de création ou de reprise d'entreprise (Avis n°15T0752 du 9 avril 2015).

Dans le cas d'un agent souhaitant exercer de manière régulière une activité au sein de la SARL exploitée par son conjoint en optant, en application de l'article L. 121-4 du code de commerce, pour le statut de conjoint associé, la commission décline sa compétence puisque l'agent ne devient pas gérant ou co-gérant de la société et qu'il n'y a donc pas création d'une entreprise (Avis n°15H1526 du 9 juillet 2015).

Le maire d'une commune de La Réunion a saisi la commission de la situation du directeur général des services qui se trouverait en situation de cumul d'activités en raison de ce qu'il détient une participation dans deux sociétés, l'une de droit malgache, ayant pour objet notamment l'exploitation de carrières, dont le siège social est à Antananarivo (Madagascar) et dont il détient 19 % du capital et l'autre, de droit français, ayant pour objet notamment les travaux de terrassement, dont il détient 25 % du capital et dont le siège est situé au Port (La Réunion). Si l'intéressé affirme qu'il se borne, conformément aux dispositions du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, à détenir librement des parts dans ces sociétés et à gérer ainsi librement son patrimoine, la commission relève que la première de ces sociétés est gérée par un tiers et qu'aucun cogérant n'a été désigné et que, si l'intéressé reconnaît avoir rédigé les statuts et le procès-verbal d'assemblée générale constitutive et effectué une consultation juridique pour cette société afin de lui permettre de répondre à une mise en demeure reçue des services préfectoraux, en l'état du dossier, ces éléments ne caractérisent pas un degré d'implication assimilable à une gérance de fait. Dès lors, l'activité exercée par l'intéressé dans cette société ne relève pas de la compétence de la commission. Toutefois, elle signale qu'il appartient au maire de la commune de s'assurer que

l'activité de ce directeur général n'excède pas la libre détention de parts et la libre gestion d'un patrimoine au sens du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 et, dans le cas contraire, si l'intéressé ne se conformait pas à ses obligations liées à son statut de fonctionnaire, d'en tirer les conséquences au plan disciplinaire. Il n'en est pas de même pour la seconde société dont cet agent se révèle être un représentant légal (voir p.61) (Avis n°15T2405 du 8 octobre 2015).

2 - La commission n'est pas compétente lorsque le cumul ne relève d'aucun des cas prévus par la loi ou qu'il est interdit par la loi.

Ainsi en est-il dans le cas d'un agent public qui exerce parallèlement, à titre personnel, un mandat d'administrateur d'une société anonyme existante, alors qu'il n'y a pas création ou reprise d'une entreprise (Avis n° 15T0752 du 9 avril 2015).

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

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

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

Mais la commission s'est estimée compétente pour connaître de la demande d'un professeur des universités souhaitant créer une auto-entreprise pour exercer une activité de conseil et d'intermédiation dans le domaine de la coopération internationale. Elle a donc implicitement considéré, dans ce cas, que l'activité envisagée ne relevait ni de la liberté d'exercer les professions libérales découlant de la nature des fonctions d'enseignement reconnue aux personnels enseignants par les dispositions du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, ni de l'activité accessoire d'expertise et de consultation visée par les dispositions du 1° du I de l'article 2 du décret du 2 mai 2007

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

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

La commission s'assure qu'il s'agit bien du patrimoine *personnel ou familial* de l'agent lui-même et non d'un membre de sa famille, voire d'une connaissance.

Lorsqu'un agent cumule depuis plus de deux ans une activité de gérance ou de cogérance de plusieurs SCI, présentées par lui comme permettant de gérer son patrimoine personnel, la commission de déontologie est incompétente pour se prononcer sur ces cumuls en vertu des termes du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, le délai pendant lequel cette activité peut être exercée étant expiré. En revanche, lorsque les SCI ont été créées ou acquises depuis moins de deux ans, que leur capital est partagé avec des tiers - même s'il s'agit d'amis - et que leur objet social n'est pas circonscrit à la simple gestion d'un patrimoine personnel ou familial, la commission est saisie d'une situation qui n'entre pas dans le champ du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 et elle doit en conséquence examiner la compatibilité de cette création d'entreprise avec les fonctions administratives de l'agent. Dans cette hypothèse, s'il ressort des éléments qui lui sont soumis que l'agent gère d'ores et déjà un nombre important de SCI et qu'il ne produit pas de justifications suffisantes pour établir que cette activité n'est pas susceptible de nuire à ses fonctions administratives, la commission est conduite à émettre un avis d'incompatibilité (Avis n°14T321 du 12 février 2015).

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

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

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

La commission n'est pas compétente pour examiner la situation d'un agent qui, exerçant à temps incomplet pour une durée inférieure à 70 % de la durée du travail des agents publics à temps complet, entre ainsi dans le champ du IV de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983.

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

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

6 - La notion d'activité accessoire

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

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

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

Ces activités, *dont l'exercice n'est pas a priori limité dans le temps*, doivent conserver un caractère accessoire par rapport à l'activité publique principale, l'agent n'ayant pas vocation à quitter la fonction publique. La commission a été, en 2015 comme les années précédentes, fréquemment saisie de demandes de création d'entreprise, dont l'examen a révélé qu'il s'agissait en fait d'activités accessoires relevant de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 et qu'il appartenait donc à l'administration de traiter, sans avoir à solliciter l'avis de la commission de déontologie, mais en appliquant ses principes.

Il convient de rappeler 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 à l'article 2 de ce décret et si sa forme ne fait pas obstacle à la reconnaissance de ce caractère ainsi qu'il est dit au c ci-après. Dans ce cas, l'administration doit d'abord *vérifier quel est précisément l'objet de cette activité*. Si l'agent demande l'autorisation *d'exercer une activité accessoire* figurant dans la liste de l'article 2 ou mentionnée à l'article 3 du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007, l'administration est compétente pour examiner la demande d'autorisation, *sans avis préalable de la commission de déontologie*.

a) *Le cas du « double avis »*

Il arrive que l'activité envisagée par l'agent présente plusieurs aspects et relève pour partie du régime des activités accessoires, et pour partie de celui du cumul pour

création d'entreprise, voire d'une activité pour laquelle la commission n'est pas compétente. La commission rend alors un avis distinguant ces divers aspects.

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

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

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

La commission n'est pas compétente pour se prononcer sur la demande d'un agent qui souhaite commercialiser des articles canins en cuir (notamment des laisses pour chiens) qu'il réalise seul, car il s'agit d'une activité accessoire entrant dans les prévisions du 2^o du II de l'article 2 du décret du 2 mai 2007. La commission appelle cependant l'attention de l'administration sur le risque de confusion de nature à porter atteinte au bon fonctionnement, à l'indépendance et à la neutralité du service qui découle d'une situation dans laquelle un agent réalise, avec les moyens techniques du service, des produits similaires à ceux qu'il fabrique dans le cadre de ses fonctions administratives pour les commercialiser, dans une large mesure, auprès du personnel (Avis n°15E1042 du 7 mai 2015).

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

Certaines activités, qui revêtiraient un caractère accessoire si elles étaient exercées par l'agent sous la forme d'une entreprise individuelle, sont analysées par la commission comme relevant du régime du cumul pour création d'entreprise, moins favorable puisqu'il est limité dans le temps, lorsque l'agent a prévu de réaliser son projet en constituant une société, qui n'est pas transparente, par exemple une société à responsabilité limitée (SARL) ou une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)¹³. La commission signale à l'agent la possibilité d'exercer son activité sous un autre statut.

Mais, en application des dispositions de l'article L. 526-6 du code de commerce, la création d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) ne se traduit pas par la création d'une société disposant de la personnalité morale. L'exercice d'une activité, en cumul, sous la forme d'une EIRL ne fait dès lors pas obstacle à ce

¹³ La loi du 20 avril 2016 vient préciser ce point en limitant la possibilité de déroger, pour l'exercice d'une activité accessoire, à l'interdiction de créer ou reprendre une entreprise, au régime prévu à l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale.

qu'elle puisse être regardée comme accessoire au sens du chapitre I^{er} du décret du 2 mai 2007 (Avis n°14T086 du 13 novembre 2014).

d) L'exercice d'une activité bénévole

L'article 4 du décret du 2 mai 2007 dispose que, sous réserve des interdictions d'exercice d'activités privées prévues aux 1^o, 2^o et 3^o du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, l'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif est libre. Non seulement la commission de déontologie n'est pas compétente, mais l'exercice de l'activité n'est pas subordonné à la délivrance d'une autorisation préalable par l'administration qui emploie le fonctionnaire.

Ainsi, l'exercice par un fonctionnaire de l'activité bénévole de directeur général d'un fonds de dotation, outil de financement du mécénat créé par l'article 140 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dépourvu de but lucratif, ne relève pas de la compétence de la commission. Eu égard au caractère bénévole de l'activité exercée au profit d'une personne sans but lucratif, et tant que celui-ci subsiste, cette activité est libre (Avis n° 14H1791 du 13 novembre 2014).

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

Dans la plupart des exemples présentés ci-dessous, la commission a décliné sa compétence sans qu'un risque d'ordre déontologique lui soit apparu et a renvoyé à l'administration l'examen de la demande. Toutefois, comme il a été indiqué ci-dessus, elle a pu suggérer à l'administration, dans quelques cas, d'assortir son autorisation de réserves, le plus souvent parce que l'agent désirait exercer une activité accessoire dans un domaine très proche de celui de ses fonctions actuelles.

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

- une activité privée d'expertise et de conseil scientifique (1^o du I de l'article 2 du décret du 2 mai 2007) ;

- une activité privée de conseil et d'assistance aux collectivités territoriales dans les domaines du droit public, des finances publiques et de la gestion (1^o du I de l'article 2 du décret du 2 mai 2007) ;

- une activité privée de formation et de conseil (1^o et 2^o du I de l'article 2) ;

- une activité privée consistant dans la reproduction sonore de la voix pour être utilisée dans les messages téléphoniques ou dans le domaine publicitaire (2^o du II de l'article 2 du même décret) ;

- une activité, pour le compte de l'AGIRC et de l'ARRCO, de diagnostic « habitat » au domicile de personnes handicapées ;

- une activité rémunérée d'arbitre sportif par une fédération sportive (3° de l'article 2 : activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation)

Mais la commission requalifie les missions d'expertise et de consultation, mentionnées dans le contrat d'embauche proposé à l'agent, en missions commerciales, dès lors que l'activité privée que souhaite exercer cet agent consiste à apporter son réseau de contacts à l'entreprise qu'il rejoindra et à mener une action auprès des différents acteurs liés au domaine d'activité de l'entreprise, afin que celle-ci puisse commercialiser ses produits. L'activité privée qui, dans ces conditions, n'a pas un caractère accessoire, n'est pas au nombre des activités autorisées au titre de l'article 1^{er} du décret du 2 mai 2007.

De même, la commission est compétente pour connaître de la demande d'un agent souhaitant proposer aux particuliers et aux entreprises des prestations de services en matière de collecte, de traitement, de recyclage et de valorisation des déchets. Ces prestations consisteront à établir un diagnostic sur la gestion des déchets et à proposer des pistes d'amélioration. Il ne s'agit pas de prestations d'expertise et de consultation au sens de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 (Avis n°15E3134 du 10 décembre 2015).

Ne constitue pas non plus une activité accessoire au sens de l'article 3 du décret du 2 mai 2007, dont l'exercice peut être autorisé par la seule administration dont relève l'agent, le fait pour un ministre plénipotentiaire qui bénéficie d'un dispositif de fin d'activité, de créer une auto-entreprise dans le but de collaborer de manière ponctuelle avec une entreprise qui souhaite répondre à l'appel d'offres d'un Etat étranger chargé d'organiser une conférence internationale sur le climat. Il appartient donc à la commission de se prononcer sur ce cumul d'activités (Avis n°15E0798 du 9 avril 2015).

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

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

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

Compte tenu du fait que l'intéressé bénéficie déjà, depuis le 15 janvier 2014, d'une autorisation de cumul d'activités pour une durée maximale de deux ans, le nouveau cumul demandé ne peut être autorisé, au regard des délais fixés par l'article 14

du décret du 2 mai 2007, que jusqu'au 14 janvier 2016, et pourra être prolongé pour une durée maximale d'un an sur autorisation de l'administration (Avis n°15T1804 du 9 juillet 2015).

2.3.2 La nature et les critères du contrôle de la commission

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

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

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

L'article 432-12 du code pénal sanctionne le délit de prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions, c'est-à-dire « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public (...) de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise (...) dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement (...)* ».

Pour la très grande majorité des demandes, il s'agit de la création d'une entreprise : le risque de commettre le délit de prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions apparaît donc faible, mais il peut exister si l'agent est amené, dans l'exercice de ses fonctions administratives, à surveiller l'entreprise qu'il entend créer.

B) La notion de dignité des fonctions administratives

L'atteinte à la dignité des fonctions est en cause lorsque l'activité pour laquelle l'agent sollicite une autorisation s'exercerait dans des conditions soit illégales, soit non conformes aux principes qui régissent la fonction publique.

Ainsi, la commission émet-elle un avis d'incompatibilité à la demande d'un agent qui exerce des fonctions de contrôle et de surveillance au sein du terminal 2F de l'aéroport Roissy Charles-de-Gaulle et souhaite exercer, en cumul, une activité de conducteur de voiture de transport avec chauffeur (VTC) via l'application « UberX ». En effet, l'intéressé a indiqué qu'il utiliserait un véhicule fourni par une société qui détient une licence de transport public de personnes et précisé qu'il n'entendait pas suivre une formation spécifique pour exercer son activité. Or, aux termes des dispositions de l'article L. 3122-7 du code des transports, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-1104 du 1^{er} octobre 2014 : « *Peuvent seules exercer l'activité de conducteur de voiture de transport avec chauffeur les personnes qui justifient de conditions*

d'aptitude professionnelle définies par décret », aux termes de l'article L. 3122-8 du même code : « L'exercice de l'activité de conducteur de voiture de transport est subordonné à la délivrance d'une carte professionnelle par l'autorité administrative (...) » et aux termes de l'article R. 3122-13 de ce code : « Les conditions d'aptitude professionnelles mentionnées à l'article L. 3122-7 sont constatées : / -soit par la réussite à un examen dans les conditions définies par arrêté des ministres chargés, respectivement, de l'économie et des transports et du ministre de l'intérieur ; / -soit par la production d'un titre délivré par un autre Etat membre de l'Union européenne ou par un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou d'un titre reconnu par l'un de ces Etats, équivalent au certificat attestant de la réussite à l'examen mentionné ci-dessus ; / -soit par toute pièce de nature à établir une expérience professionnelle d'une durée minimale d'un an dans des fonctions de conducteur professionnel de personnes au cours des dix années précédant la demande de carte professionnelle. » La commission a relevé que la circonstance qu'un conducteur utilise un véhicule mis à sa disposition par une société autorisée à exercer le transport public de personnes ne saurait le dispenser de satisfaire les conditions requises par les dispositions précitées pour exercer l'activité de conducteur d'un VTC. Dès lors, faute de justifier des conditions d'aptitude professionnelle requises et de remplir les conditions pour se voir délivrer une carte professionnelle, l'intéressé n'aurait pu exercer cette activité réglementée que dans des conditions illégales, situation qui portait donc atteinte à la dignité de ses fonctions publiques (Avis n° 15E2744 du 12 novembre 2015).

Sont donnés également quelques exemples au paragraphe 4 du C infra, de cumuls d'activités prohibés, dans la mesure où l'activité privée envisagée peut relever des pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique, recensées par la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES), dans son guide « Santé et dérives sectaires » établi le 10 avril 2012 et diffusé sur le site internet de la mission.

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

Si la commission admet qu'un contrôleur principal des finances publiques puisse exercer en cumul une activité de conseil en matière administrative dans le domaine particulier de l'urbanisme, elle considère en revanche qu'une activité de conseil dans le domaine de la fiscalité immobilière, orientée notamment vers des produits de défiscalisation, est susceptible de porter atteinte à la neutralité et au bon fonctionnement du service dans lequel il est employé (Avis n°15E1657 du 9 juillet 2015).

Les mêmes notions de neutralité, d'indépendance ou de fonctionnement normal du service figurent dans les dispositions relatives au cumul d'activités. Comme les risques d'interférence avec le fonctionnement du service sont supérieurs dans le cas de cumul d'activités, en raison d'une confusion toujours possible dans la personne de l'agent public entre ses fonctions publiques et son activité privée, les réserves sont plus fréquentes et plus sévères que lorsque l'intéressé quitte ses fonctions publiques.

1 - Exemples d'avis favorables

La demande de cumul d'activités présentée par un agent contractuel, qui déclare vouloir créer une société par actions simplifiée, dont il sera le président, ayant pour objet notamment la conception, l'édition, le développement et l'exploitation de tous logiciels relatifs à la sécurité informatique, ainsi que la valorisation de recherches menées dans un laboratoire de recherche reçoit un avis favorable de la commission sans réserves. En effet, d'une part, l'intéressé n'est pas chargé d'assurer la surveillance ou l'administration de la société, qui est en cours de création et, d'autre part, cet agent qui est aussi chargé des partenariats et des projets d'innovation ne s'est plus vu confier aucune mission concernant les problématiques de « cyber-sécurité » (Avis n°15E3065 du 10 décembre 2015).

2 - Exemples d'avis favorables sous réserve

Un agent d'une direction départementale des territoires affecté dans une unité chargée notamment de la sous-commission départementale d'accessibilité, peut exercer une activité privée de conseil et de confection de dossiers de demandes d'autorisation d'urbanisme mais, compte tenu de la compétence territoriale du service auquel il est affecté, il doit s'abstenir d'intervenir pour tout projet situé dans le département (Avis n°15E0493 du 12 mars 2016).

La commission a considéré qu'un agent de la DGFIP affecté dans un service de publicité foncière, pouvait créer en cumul une auto-entreprise pour exercer une activité d'agent commercial, intervenant notamment dans l'immobilier, sous réserve qu'il s'abstienne, dans le cadre de cette activité privée, de se prévaloir de son statut d'agent public, d'utiliser les informations auxquelles il a accès dans ses fonctions administratives et d'exercer dans le ressort géographique du service dans lequel il est affecté (Avis n°15E2414 du 8 octobre 2015).

Le projet d'un agent de créer une auto-entreprise qui aura pour objet une activité de conseil aux collectivités territoriales et aux personnes privées pour l'exécution de petits projets de travaux dans les domaines de la voirie, des réseaux et du bâtiment, ainsi que l'établissement de projets, alors qu'il a été chargé jusqu'en septembre 2014 de la mise en œuvre des politiques publiques d'urbanisme et d'aménagement auprès des collectivités et des élus du sud creusois, qui assure à ce titre la mission d'assistance technique de l'Etat pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire (ATESAT), et instruit actuellement les demandes d'autorisation de transport routier exceptionnel et contrôle les affichages publicitaires, missions qui s'exercent sur l'ensemble du département, reçoit un avis favorable sous réserve qu'il s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activités, d'une part, d'intervenir sur le territoire du département où il est affecté et, d'autre part, de faire état de ses fonctions administratives (Avis n°15E0819 du 9 avril 2015).

L'activité consistant à offrir des prestations en matière d'accessibilité des espaces publics et des établissements recevant du public et d'expertise relative aux

paysages que souhaite exercer un agent d'une direction départementale des territoires est compatible avec ses fonctions de chef de l'unité du financement du développement territorial et de chargé de mission « études, analyse, évaluation et prospective » sous réserve qu'il s'abstienne, d'une part, de faire état de ses fonctions administratives dans le cadre de la promotion de son activité privée, et, d'autre part, d'intervenir dans le département où il est affecté (Avis n°15E0739 du 9 avril 2015).

Un chargé de recherche au sein de l'Institut de neurosciences de la Méditerranée, unité mixte de recherche entre le CNRS et l'université d'Aix-Marseille envisage de créer une société par actions simplifiée (SAS), dont il sera le directeur général avec des pouvoirs analogues à ceux dévolus au président de la société et qui aura pour objet la réalisation de prestations de services dans le domaine du numérique, en employant notamment des personnes atteintes d'un syndrome dit d'Asperger. Le cumul d'activités ainsi envisagé n'apparaît pas de nature à porter atteinte à la dignité de ses fonctions dans l'administration ou à risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service dans lequel il est employé, sous réserve qu'il s'abstienne, dans le cadre de son activité privée, d'utiliser les moyens du service et de faire état de sa qualité de chargé de recherche du CNRS (Avis n°15E3106 du 10 décembre 2015).

3 - Avis d'incompatibilité

Dans plusieurs cas, la commission n'a pu se contenter d'émettre des réserves, et a rendu des avis d'**incompatibilité**. En effet, à la différence de la cessation de fonctions, le cumul d'activités appelle une vigilance accrue dans la mesure où le risque de confusion des fonctions publiques et de l'activité privée est particulièrement prégnant.

Si la commission admet qu'un contrôleur principal des finances publiques puisse exercer en cumul une activité de conseil en matière administrative dans le domaine particulier de l'urbanisme, elle considère en revanche qu'une activité de conseil dans le domaine de la fiscalité immobilière, orientée notamment vers des produits de défiscalisation, est susceptible de porter atteinte à la dignité des fonctions exercées par l'agent, ainsi qu'à la neutralité du service dans lequel il est employé (Avis n°15E1657 du 9 juillet 2015).

La commission a rendu un avis d'incompatibilité à la demande de cumul d'une directrice adjointe en charge du développement durable au sein de la communauté d'agglomération du centre de la Martinique qui souhaitait exercer les fonctions de présidente d'une société par actions simplifiée qu'elle avait créée. L'objet de la société qui était le conseil et l'expertise notamment dans le domaine agricole et, par extension, dans celui des ressources naturelles, a été considéré comme étant susceptible d'entrer dans le champ de compétence de la direction du développement durable et des compétences plus générales de la communauté d'agglomération employeur de l'intéressée. Le risque d'interférence entre les fonctions publiques et privées était conforté en l'espèce par la circonstance que la société avait répondu à un appel public à

la concurrence passé par la communauté d'agglomération (Avis n° 15T0221 du 12 février 2015).

Est incompatible l'activité de vente sur internet de produits manufacturés qu'un fonctionnaire envisage d'exercer en cumul avec ses fonctions administratives consistant notamment à assurer le gardiennage d'un bâtiment public, dans la mesure où l'intéressé bénéficie d'un logement de fonction par nécessité absolue de service et que ce dernier n'a pas vocation à être le siège d'une activité commerciale, alors qu'en outre il ressort des pièces du dossier que ce cumul d'activités ne s'exercera pas en réalité à l'adresse de la domiciliation sociale de l'entreprise, mais sera pratiquée à partir d'une ligne téléphonique installée dans le logement de fonction, d'un abonnement souscrit auprès d'un fournisseur d'accès à internet et d'hébergement sur un site internet et que les prestations en découlant sont facturées à l'adresse de ce logement (Avis n°15E0514 du 12 mars 2015).

Un éducateur affecté au sein de la direction de l'enfance et de la famille du département d'Indre-et-Loire et exerçant comme éducateur de prévention spécialisée pour plusieurs collectivités ne saurait exercer, en cumul, une activité de conseil et soutien aux familles en difficulté et de « coaching » pour adolescents difficiles, alors que cette activité serait située dans ces mêmes collectivités, en raison du risque de confusion entre ses fonctions publiques et son activité privée, susceptible de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal et la neutralité du service (Avis n°15T2456 du 8 octobre 2015).

La commission a rendu un avis d'incompatibilité au sujet d'un agent chargé de la gestion d'un camping municipal qui souhaitait cumuler ses fonctions administratives avec les fonctions de président d'une SAS chargée de la gestion d'un restaurant, bar, snack au sein même du camping. La collectivité faisait valoir l'utilité de l'établissement pour répondre à une attente de la clientèle, mais la commission a précisé que la collectivité pouvait créer le restaurant selon d'autres modalités (Avis n° 15T1056 du 7 mai 2015).

Le maire d'une commune de La Réunion a saisi la commission de la situation du directeur général des services qui se trouverait en situation de cumul d'activités en raison de ce qu'il détient une participation dans deux sociétés, l'une de droit malgache, ayant pour objet notamment l'exploitation de carrières, dont le siège social est à Antananarivo (Madagascar) et dont il détient 19 % du capital et l'autre, de droit français, ayant pour objet notamment les travaux de terrassement, dont il détient 25 % du capital et dont le siège est situé au Port (La Réunion). Si l'intéressé affirme qu'il se borne, conformément aux dispositions du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, à détenir librement des parts dans ces sociétés et à gérer ainsi librement son patrimoine, la commission relève que les éléments soumis à son appréciation ne caractérisent pas un degré d'implication assimilable à une gérance de fait, de telle sorte que la commission n'est pas compétente pour en connaître (voir plus haut, p. 49). En revanche, il résulte des éléments soumis à la commission de déontologie que l'intéressé a la qualité de cogérant de la seconde société, la commission étant dès lors compétente pour connaître de sa demande. Or, antérieurement à la création de cette société, l'intéressé a réalisé une étude de marché très complète portant sur l'opportunité

d'exporter des roches depuis Madagascar vers la Réunion dans le cadre du projet afférent à la nouvelle route du littoral (NRL) et est l'initiateur du projet commercial développé par la société. Il a indiqué au cours de l'instruction s'être rendu à plusieurs reprises à des salons professionnels à Madagascar, pendant ses congés, pour y représenter la société en compagnie d'un autre cogérant et être en charge des formalités administratives de la société, alors même qu'il est par ailleurs directeur général des services d'une commune dont un élu siège également au conseil régional de la Réunion, organe à l'origine de l'attribution de marchés relatifs à la NRL, ce que n'a pas manqué de relever la presse locale. En outre, l'attribution des marchés afférents à cette nouvelle infrastructure routière fait l'objet d'une enquête ouverte par le parquet national financier. Dans ce contexte, la commission a estimé, alors même que la société, si elle exportait des roches vers la Réunion, ne serait pas le fournisseur de la commune, le cumul d'activités de ce directeur général des services risque de porter atteinte à la dignité de ses fonctions publiques et de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance et la neutralité du service, de telle sorte que cette demande de cumul ne peut être déclarée qu'incompatible avec l'exercice des fonctions publiques de l'intéressé (Avis n°15T2405 du 8 octobre 2015).

4 - Le cas particulier des professions réglementées

Comme indiqué plus haut, certains agents publics désirent exercer une activité qui relève d'une profession réglementée, qu'il s'agisse de son accès ou de son exercice. Il en est notamment ainsi des professions de psychologue, de psychothérapeute ou de psychanalyste. D'autres souhaitent mettre en œuvre diverses techniques liées aux soins du corps ou au bien-être, comme les massages, la sophrologie ou la méditation, dont certains actes peuvent relever également d'une profession réglementée.

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

5 - Le cas des activités susceptibles de mettre en œuvre des pratiques sectaires

La commission a également été particulièrement vigilante lorsque l'activité envisagée paraît, au moins sous certains aspects, relever de pratiques présentées comme permettant de poser un diagnostic ou à visée thérapeutique, mais non vérifiées scientifiquement et, le cas échéant, susceptibles de mettre en danger la santé des personnes, voire, parfois, de relever de dérives sectaires.

Lorsqu'il ressort du guide *Santé et dérives sectaires* établi par la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES), qui est diffusé sur le site internet de la mission et publié par la Documentation française, qu'une pratique non conventionnelle de ce type figure parmi celles qui présentent un risque de dérive sectaire, l'exercice d'une activité privée lucrative fondée sur une telle

pratique ne peut être cumulé avec l'exercice des fonctions administratives sans porter atteinte à la dignité de ces fonctions.

Ces pratiques sont nombreuses et se présentent sous des dénominations diverses : reiki, ondobiologie, médecine énergétique, biomagnétisme, programmation neurolinguistique (PNL), hypnose ericksonienne.

Sur ce fondement, la commission a considéré que l'exercice d'une activité privée lucrative de praticienne en « quantum touch », technique de soins énergétiques d'inspiration holistique, qui consiste à apposer les mains du thérapeute sur les zones à soigner, en associant à cette action des techniques de respiration et de méditation, entrainé dans ce cadre et ne saurait dès lors être cumulée avec l'exercice des fonctions d'une assistante médico-administrative sans porter atteinte à la dignité de ces fonctions (Avis n°15H3076 du 10 décembre 2015).

Compte tenu du fait que la kinésiologie et plus généralement les méthodes de rééquilibrage énergétique par massage ou apposition des mains figurent parmi les pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique recensées par la MIVILUDES, la commission estime que les techniques de « brain gym », lorsqu'elles appartiennent à la branche dite de la « kinésiologie éducative », et la thérapie « crânio-sacrée », qui tend au rééquilibrage d'un rythme crânien par massages ou pressions douces du crâne, de la colonne vertébrale et du sacrum, ne peuvent pas être cumulées, à titre lucratif, avec des fonctions administratives (Avis n°15E1874 du 9 juillet 2015).

De même que l'ondobiologie, le simple référencement de la kinésiologie dans le guide Santé et dérivés sectaires établi par la MIVILUDES a conduit la commission à considérer qu'une activité de kinésologue ne peut pas être exercée en cumul par un agent public (Avis n°15T1663 du 9 juillet 2015).

Lorsque la commission oppose un avis d'incompatibilité au projet d'un agent public souhaitant exercer une activité de magnétiseur, guérisseur, rebouteux, la commission n'hésite pas à faire référence à son premier avis pour s'opposer au cumul d'une activité de « guérisseuse conseil ». Dans le cadre de la seconde déclaration d'un projet d'activité privée par l'agent, alors même que le critère objectif de référencement par la MIVILUDES n'est plus rempli, la commission peut fonder son avis sur la nature particulière des fonctions administratives exercées, en l'espèce des fonctions de responsable du service de protection maternelle et infantile d'un département. Dans une telle hypothèse, la commission a en outre souligné que les éléments portés à sa connaissance ne lui permettaient pas d'avoir l'assurance que, sous la nouvelle désignation, l'intéressée n'entendait pas réaliser son projet initial (Avis n°15T1162 du 9 juillet 2015).

En revanche, la profession de sophrologue, sans être réglementée, fait l'objet de formations donnant lieu à la délivrance de certifications enregistrées au répertoire national des certifications professionnelles. Certes, l'intéressée soutient qu'elle suit effectivement une telle formation, mais elle admet ne pas être en mesure d'obtenir la certification correspondante avant au moins un an. Dans ces conditions, l'exercice, à

brève échéance d'une activité lucrative de sophrologue ne saurait être cumulé avec l'exercice de fonctions administratives sans porter atteinte à la dignité de ces fonctions (Avis n°15H1718 du 9 juillet 2015).

*
* *

Deuxième partie

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

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

PRÉSENTATION

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, aujourd'hui codifiée aux articles L. 531-1 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 dispositifs ont fait l'objet de plusieurs modifications introduites par la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche, qui a notamment porté à 49 % du capital et des droits de vote le plafond de 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 du 29 janvier 1993, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, confie à la commission de déontologie le soin de donner son avis sur les autorisations demandées par les personnels de la recherche en vue de participer à la création d'entreprises ou aux activités d'entreprises existantes. Le V de ce même article 87 crée une formation spécialisée de la commission pour les affaires concernant les chercheurs.

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

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

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

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

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

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

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

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

- à l'issue de l'autorisation, l'agent peut conserver sa situation dans l'entreprise en demandant sa radiation des cadres ou sa disponibilité dans les conditions du droit commun ; en l'absence de changement d'activité, il n'est pas nécessaire de consulter la commission¹⁴. L'agent peut aussi être réintégré. Dans ce cas, il peut être autorisé à apporter son concours scientifique à l'entreprise, à conserver une participation dans le capital social de l'entreprise, dans la limite de 49 % du capital donnant droit au maximum à 49 % des droits de vote, ou à être membre du conseil d'administration ou de surveillance de celle-ci dans les conditions prévues aux articles L.531-8 ou L. 531-12, du code de la recherche.

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

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

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

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

¹⁴ Avis n° 06.A0017 du 5 janvier 2006.

Pour introduire plus de souplesse dans le montage de dossiers souvent complexes et permettre d'accélérer les procédures, il est possible de présenter à la commission un projet de contrat de valorisation des travaux de recherche, ce contrat devant être finalisé et signé dans un délai de neuf mois, conformément au décret n° 2006-1035 du 21 août 2006.

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

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

Si le concours scientifique peut être organisé sans qu'il y ait participation au capital de l'entreprise, l'inverse n'est pas possible. *La prise de participation dans le capital d'une telle entreprise est subordonnée à l'apport d'un concours scientifique*¹⁵

En vertu de l'article L. 531-9 du code de la recherche, la prise de participation est interdite si l'agent, du fait de ses fonctions et dans les cinq années précédentes, a exercé un contrôle sur l'entreprise ou a participé à l'élaboration ou la passation de contrats ou conventions entre l'entreprise et le service public. Le concours scientifique reste possible : la commission, se fondant sur les termes de cet article, a rendu un avis défavorable concernant la seule prise de participation au capital de l'entreprise d'un agent qui avait exercé un tel contrôle, la demande de concours scientifique de cet agent faisant par ailleurs l'objet d'un avis favorable¹⁶.

L'autorisation est accordée et renouvelée dans les conditions prévues à l'article L. 531-3 du code de la recherche mais l'avis de la commission n'est requis pour le renouvellement que si les conditions prévalant au moment de l'autorisation ont évolué¹⁷.

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. 531-12 à L. 531-14**, anciens articles L.413-12 à L.413-14 du code de la recherche (article 25-3 de la loi du 15 juillet 1982), permettent à un agent public d'être membre d'un organe dirigeant d'une société anonyme (ce qui déroge à l'interdiction générale de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983), par exemple, membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Dans ce cas, il ne peut

¹⁵ (Avis n° 00.AR0083 du 23 novembre 2000).

¹⁶ (Avis n° AR.025 du 13 mai 2009).

¹⁷ (Avis n° 07.AR020 du 5 avril 2007)

apporter de concours scientifique à l'entreprise. Cette participation ne peut excéder 20 % du capital, ni donner droit à plus de 20 % des droits de vote. L'agent ne peut percevoir que des jetons de présence à l'exclusion de toute autre indemnité.

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

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

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

*
* * *

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

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

En particulier, le 1^o du I de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 fait figurer, parmi les activités à caractère accessoire susceptibles d'être autorisées par l'administration, sans l'avis de la commission de déontologie, les prestations d'« *expertise et consultation, sans préjudice des dispositions du 2^o du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (...) et, le cas échéant, sans préjudice des dispositions des articles L. 413-8 et suivants du code de la recherche* » (devenus L. 531-8 et suivants) ».

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

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

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

*
* *
*

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

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

Sont intervenus, dans l'ordre chronologique :

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

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

- 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 ;

- 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 ;

- 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 ;

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

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

- Enfin, le décret n° 2012-279 du 28 février 2012 relatif à l'institut Mines-Telecom, qui, par ses articles 33 et 34, permet aux enseignants-chercheurs qui en relèvent de bénéficier des articles L. 413-1 à L. 413-11 du code de la recherche.

Par ailleurs, le III de l'article 19 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a étendu le bénéfice des dispositions des articles L. 413-1 à L. 413-16 du code de la recherche (devenus L. 531-1 à L. 531-16) aux praticiens hospitaliers sous statut et contractuels qui participent à des recherches.

1 - BILAN DE L'ACTIVITÉ 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. 531-1 et suivants du code de la recherche.

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

Le représentant de l'établissement auquel est rattaché le fonctionnaire qui sollicite l'autorisation (université, établissement de recherche, ministère) est membre du « tronc commun » de la commission de déontologie. Exceptionnellement, il peut y avoir deux représentants par établissement ou service, lorsque leur organisation interne l'impose ou lorsque le fonctionnaire relève de deux administrations ou établissements. Dans tous les cas, seul le représentant de l'autorité gestionnaire prend part au vote, conformément au 4° du V de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993. Dans les affaires concernant les professeurs ou maîtres de conférences des universités-praticiens hospitaliers, c'est le représentant de l'université, gestionnaire par délégation du ministre chargé de l'enseignement supérieur, qui siège.

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

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

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

L'établissement public doit transmettre la demande du chercheur le plus rapidement possible. A défaut, le chercheur peut également saisir la commission un mois au plus tard avant la date à laquelle il envisage de commencer son activité. Il en informe par écrit, dans les mêmes délais, l'autorité dont il relève.

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

Le silence gardé par l'établissement public dont relève le chercheur pendant une durée d'un mois après que la commission a rendu son avis vaut autorisation.

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

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

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

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

1.2 SAISINES ET AVIS

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

Années	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
nombre d'avis	78	80	82	122	121	122	70	122	103

La commission avait connu depuis 2010 une très forte augmentation de ses saisines, mais une baisse significative en 2013, ramenant celles-ci à des niveaux constatés au milieu des années 2000. Alors, qu'en 2014, le nombre de saisines

enregistrées retrouvait le niveau plus élevé des années 2010 à 2012, l'année 2015 est marquée par une nouvelle baisse, 103 dossiers seulement ayant été enregistrés au cours de cette année.

Lorsque des chercheurs appartenant à la même équipe, mais relevant pour leur gestion d'établissements différents, participent à un même projet, la commission recommande qu'ils présentent leur dossier en même temps, ce qui lui permet de procéder à un examen commun. Dans ce cas, chaque dossier doit faire apparaître les travaux personnels du chercheur sans globaliser ceux de l'équipe, et ce afin de préserver la faculté de tout membre de celle-ci de valoriser ses propres travaux¹⁸.

1.3 CAS DE SAISINES

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

	2011	2012	2013	2014	2015	Moyenne
L. 531-1	9,92	9,84	17,14	8,2	6,8	10,38
L. 531-8	90,08	87,7	78,57	91,8	91,26	87,88
L. 531-12	0	2,46	4,29	0	1,94	1,74
Total	100	100	100	100	100	100

En 2015, plus de 9 demandes sur 10 dont la commission est saisie ont pour objet l'autorisation d'apport de concours scientifique assorti, dans la majorité des cas, d'une participation au capital d'une entreprise au titre de l'article L. 531-8 du code de la recherche. Cette même année, la commission a eu à examiner deux demandes présentées sur le fondement de l'article 531-12, en vue d'autoriser un chercheur à participer à un conseil d'administration.

La commission a eu l'occasion, en 2015, de souligner à nouveau qu'en application des articles L. 531-1 et L. 531-8 du code de la recherche, le contrat de valorisation doit être conclu dans le délai fixé par le décret n° 2006-1035 du 21 août 2006, c'est-à-dire dans un délai maximum de neuf mois après la délivrance de *l'autorisation de l'administration* (et non de l'avis de la commission) : si tel n'est pas le cas, cette autorisation deviendra caduque et l'agent devra cesser immédiatement de prêter son concours scientifique à l'entreprise.

¹⁸ Avis 10.A0665 du 23 juin 2010

1.4 ORIGINE DES SAISINES

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

Pour faciliter la lecture du tableau suivant, seuls les principaux établissements ont été mentionnés parmi les 24 ayant saisi la commission. En 2015, on retrouve en tête de classement la présence de l'un des principaux établissements de recherche français, le CNRS, ainsi que l'université d'Aix-Marseille. Les entreprises d'accueil sont essentiellement des petites et moyennes entreprises, souvent en phase de démarrage.

Tableau n° 10 - Répartition des avis par nature pour les principales administrations gestionnaires – 2015

	Favorable	Favorable sous réserve	Défavorable	Défavorable en l'état	Incompétence	Total
CNRS	3	28	1	-	-	32
INSERM	1	5	-	-	-	6
INRA	-	5	-	-	-	5
INRIA	-	6	-	-	-	6
Univ. Aix Marseille	1	17	-	-	-	18
Univ. Montpellier	-	4	-	-	-	4
Univ. Besançon-Franche-Comté	-	2	-	-	-	2
Univ. Grenoble Joseph Fourier	-	2	-	-	-	2
INSA Lyon	-	2	-	-	-	2
Univ. Nancy-Metz-Lorraine	-	3	-	-	-	3
Univ. Paris Descartes	-	1	1	-	-	2
Univ. Versailles Saint Quentin	-	4	-	-	-	4
Institut Mines-Telecom	-	6	-	-	-	6
Autres universités et organismes	1	8	1	-	1	11
Total	6	93	3	0	1	103

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

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

	2011	2012	2013	2014	2015	Moyenne
Directeur de recherche	19,83	16,4	18,57	22,95	27,18	20,99
Professeur des universités (1)	23,97	15,57	18,57	13,93	14,56	17,32
Maître de conférences	19,83	16,4	11,43	18,85	11,65	15,63
Chargé de recherche	12,4	9,02	25,72	16,4	12,62	15,23
Ingénieur de recherche	9,09	9,84	8,57	7,38	8,74	8,72
PU-PH	5,78	18,03	5,71	9,02	11,65	10,04
Assistant hospitalo-universitaire	-	0,82	-	-	-	-
Praticien hospitalier	0,83	2,46	1,43	0,82	1,94	1,5
Autres (2)	8,27	11,46	10	10,65	11,66	10,57
Total	100	100	100	100	100	100

(1) Inclut les professeurs en 2009.

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

Les demandes d'autorisation, qui, en moyenne, s'équilibrent entre les personnels de recherche et les enseignants-chercheurs, émanent en 2015, de façon beaucoup plus soutenue, des personnels de recherche (directeurs et ingénieurs de recherche) que des personnels relevant des corps d'enseignants-chercheurs, y compris du secteur hospitalier, même si la part relative des professeurs des universités-praticiens hospitaliers se redresse.

1.5 SENS DES AVIS

Tableau n° 12 - Sens des avis par nature (2015)

	Nombre d'avis	En %
Favorable	6	5,82
Favorable sous réserve	93	90,3
Défavorable	3	2,91
Défavorable en l'état	0	0
Incompétence	1	0,97
Total	103	100 %

Tableau n° 13 - Sens des avis par nature et par cas de demande d'autorisation (2015)

	Favorable	Favorable sous réserve	Défavorable	Défavorable en l'état	Incompétence	Total
L. 531-1	-	6	1	-	-	7
L. 531-8	6	86	1	-	1	94
L. 531-12	-	1	1	-	-	2
Total	6	93	3	0	1	103

La très grande majorité des avis sont favorables avec réserve (90,3 %). Cette situation peut surprendre, mais elle s'explique essentiellement par le fait que l'octroi de l'autorisation est subordonné par l'article 531-8 du code de la recherche à la conclusion d'une convention de concours scientifique entre l'entreprise privée et la personne publique. Avant la réforme introduite par la loi du 18 avril 2006 et le décret du 21 août 2006 pris pour son application, l'avis favorable de la commission pouvait également être subordonné à la conclusion du contrat de valorisation mentionné aux articles L. 531-1 et L. 531-8 du code de la recherche. Depuis 2006 cependant, ce contrat est conclu dans un délai maximum de neuf mois après la délivrance de l'autorisation : la commission ne peut donc plus inscrire, comme condition préalable à l'accomplissement de cette formalité, la conclusion du contrat de valorisation, mais elle inclut une réserve pour prévoir la signature de ce contrat dans le délai réglementaire.

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

1.6 SUITES DONNÉES AUX AVIS

Les articles L. 531-5, L. 531-10 et L. 531-13 du code de la recherche, disposent que la commission « *est tenue informée, pendant la durée de l'autorisation et durant trois ans à compter de son expiration ou de son retrait, des contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche. Si elle estime que ces informations font apparaître une atteinte aux intérêts matériels et moraux du service public de la recherche, la commission en saisit l'autorité administrative compétente* ».

La plupart des *contrats* qui ont été reçus au cours de l'année 2015 ont été conformes aux réserves formulées par la commission.

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

2. LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION

2.1 COMPÉTENCE DE LA COMMISSION

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

Dans la mesure où l'article L. 531-8 du code de la recherche impose que le concours scientifique apporté par le chercheur soit compatible avec le plein exercice de son emploi public, la commission estime qu'il ne peut pas être autorisé, sur le fondement de ces dispositions, à consacrer 60 % de son temps de travail au sein d'une entreprise. En revanche, si une université envisage sur le fondement du *f* de l'article L. 421-3 du code de la recherche, de déléguer son chercheur au sein d'une entreprise pour qu'il y accomplisse à temps partiel 60 % de son temps de travail, aucune disposition législative ou réglementaire ne donne compétence à la commission pour se prononcer sur une telle convention (Avis n°15R0756 du 9 avril 2015).

2.2 AGENTS POUVANT BÉNÉFICIER DES DISPOSITIONS DU CODE DE LA RECHERCHE

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

Ces dispositions ne s'appliquent toutefois que si le chercheur conserve la qualité d'agent public au sein du service public de la recherche tout au long de la période au cours de laquelle ce concours scientifique est apporté.

Lorsque les dispositions du code de la recherche sont invoquées, alors que le chercheur s'apprête à quitter ses fonctions publiques, la commission accepte, pour faciliter les démarches des agents, d'examiner le dossier, non pas sur le fondement du code de la recherche, mais sous l'angle des dispositions de droit commun du décret du 26 avril 2007, sans exiger une nouvelle saisine.

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

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

Les agents non fonctionnaires qui ne sont pas visés par l'article L. 531-15 du code de la recherche, c'est-à-dire ceux qui appartiennent à un corps auquel les dispositions du code de la recherche n'ont pas été étendues par la loi ou par un décret, ne peuvent pas valoriser les travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans le cadre de leurs fonctions administratives sur le fondement des articles L. 531-1 ou L. 531-8 de ce code. Ils peuvent, cependant, créer une entreprise ayant pour objet de valoriser leurs travaux dans le cadre du cumul au titre de la création d'entreprise, prévu par les dispositions du 1° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983. Dans le cas d'un ingénieur d'étude et de recherche clinique contractuel d'un établissement hospitalier, la commission émet un avis favorable sur une telle demande de cumul sous réserve que l'activité privée de l'intéressé n'interfère pas avec les recherches qu'il mène au sein du service dans lequel il est employé. En effet, le dispositif du cumul de droit commun est moins favorable que les dispositifs du code de la recherche en ce qu'il exclut que l'agent valorise dans le secteur privé des travaux sur lesquels il continue de mener des recherches dans le service public.

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

2.3 PROCÉDURE

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

2.4 PORTÉE DE L'AVIS

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

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

2.5 APPLICATION DES ARTICLES L. 531-1 ET SUIVANTS

Objet de l'entreprise

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

Fonctionnaires visés par le dispositif

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

Procédure

Un chercheur qui demande le bénéfice des dispositions de l'article L. 531-1 du code de la recherche en vue de participer à la création d'une entreprise qui valorisera ses travaux de recherche, doit former sa demande avant l'immatriculation de l'entreprise au registre du commerce et des sociétés comme le prescrit l'article L.531-2, du même code. Dans le cas où la société est déjà créée et immatriculée, la commission ne peut que donner un avis défavorable, sauf circonstances particulières (voir ci-dessus). Cet avis ne fait pas obstacle à ce que ce chercheur modifie son projet pour le fonder sur l'article L. 531-8 du même code ou les dispositions de droit commun applicables à tous les agents publics.

La commission rappelle que les dispositions des articles L. 531-1 et suivants impliquent que le contrat entre l'entreprise ayant pour objet de valoriser les travaux de recherche réalisés par le fonctionnaire et une personne publique ou entreprise publique ne peut être négocié qu'après que le chercheur a demandé l'autorisation de participer à la création de cette entreprise et qu'il ne peut être signé qu'après la création de l'entreprise. Ce contrat doit ensuite être communiqué à la commission qui, pour s'acquitter de la

mission qui lui a été confiée par la loi, doit vérifier que cet acte est effectivement signé dans un délai de neuf mois après la délivrance de l'autorisation et qu'il ne porte pas atteinte aux intérêts matériels et moraux du service public de la recherche. Dans le cas où le contrat ne lui serait pas communiqué dans un tel délai ou porterait atteinte à ces intérêts, la commission devrait saisir le ministre dont dépend la personne publique intéressée et, si elle estimait que les conditions qui avaient permis la délivrance de l'autorisation n'étaient plus réunies, émettre l'avis que cette autorisation devrait être retirée (Avis n° 15R3068 du 10 décembre 2015).

Lorsqu'elle instruit un dossier présenté en vue de la participation, à titre personnel, d'un chercheur à la création d'une société, en application des articles du code de la recherche, l'examen de la commission ne s'étend pas à la convention de mise en délégation conclue entre l'établissement public d'origine et la société que va rejoindre ce chercheur.

Saisie d'une demande d'autorisation présentée par un chercheur, la commission relève que l'intéressé sera atteint par la limite d'âge avant le terme de l'autorisation de cinq ans susceptible d'être donnée, pour en déduire qu'elle ne peut rendre son avis que sur la période courant jusqu'à cette date, en précisant que l'intéressé pourra ensuite présenter une demande sur le fondement des dispositions de droit commun du décret du 26 avril 2007 (Avis n° 15R0430 du 12 mars 2015).

Un chercheur qui apportait son concours scientifique à une entreprise valorisant ses travaux, sollicitait de la commission une extension du champ de cette collaboration pour l'étendre à un vaccin. La commission a relevé que, dans le délai de neuf mois imparti aux parties, aucun contrat de valorisation n'avait été finalement signé et qu'en conséquence, son avis favorable était devenu caduc. Par suite, la nouvelle demande n'a pas été analysée comme une extension de la première, mais comme une nouvelle demande à l'objet élargi à la mise au point et à la commercialisation d'un vaccin (Avis n° 15R2651, 15R2652, 15R2653 et 15R2654 du 12 novembre 2015).

Réintégration

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

En outre, la participation au capital de l'entreprise ne peut être conservée que dans la limite de 49 % du capital donnant droit au maximum à 49 % des droits de

vote, l'intéressé bénéficiant d'un délai d'un an à compter de sa réintégration pour se mettre en conformité.

2.6 APPLICATION DES ARTICLES L. 531-8 ET SUIVANTS

Fonctionnaires intéressés

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

A l'occasion de l'examen de demandes de concours scientifique concernant deux chercheurs sous contrat à durée déterminée, la commission fait application des dispositions de l'article 4 du décret n° 2001-125 du 6 février 2001 pris pour l'application de l'article L. 531-15 du code de la recherche, qui subordonnent, notamment, l'autorisation à une condition de durée du contrat fixée à au moins un an de manière continue. La commission précise, confirmant ainsi sa doctrine, qu'à supposer même que cette condition de la durée d'engagement soit satisfaite, il convient, en tout état de cause, que l'échéance du contrat soit suffisamment éloignée dans le temps par rapport à la date de l'autorisation pour que la durée du concours scientifique permette effectivement la valorisation des travaux de recherche pendant une durée conséquente.

2.6.1. CONVENTION DE CONCOURS SCIENTIFIQUE

Date d'effet et signature

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

Dans l'hypothèse où l'autorisation est délivrée avant la conclusion du contrat de valorisation, ainsi que cela est permis par les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 531-8 du code de la recherche, le concours scientifique peut néanmoins débuter dès la date de délivrance de l'autorisation.

Toutefois, l'autorisation donnée à l'agent devient caduque si le contrat de valorisation n'est pas conclu dans le délai de 9 mois suivant la délivrance de l'autorisation fixé par l'article 1^{er} du 21 août 2006, et le concours scientifique ne peut être poursuivi.

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

Signataires

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

Nature du concours scientifique

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

La commission considère qu'une convention de délégation conclue entre l'organisme public de recherche et l'entreprise, sur le fondement du décret statutaire n° 84-431 du 6 juin 1984, ne peut tenir lieu de convention de concours scientifique, pour l'application des articles L. 531-8 et L. 531-9 du code de la recherche, dès lors qu'elle spécifie que l'intéressé exerce dans cette entreprise les fonctions de directeur scientifique et que cette activité, au demeurant strictement indépendante de la valorisation des travaux de recherche menés au sein du service public, ne correspond pas à une activité de conseil ou d'expertise en vue de cette valorisation, mais le place dans une position hiérarchique au sein de cette entreprise.

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

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

Temps consacré à la consultance

Le temps consacré à la valorisation doit être adapté à cet objectif.

Lorsque l'agent apporte son concours scientifique à plusieurs sociétés, le temps de travail consacré à ces activités ainsi que les rémunérations perçues à ce titre sont appréciés globalement¹⁹.

¹⁹ Avis 14R0236, 14R0237 et 14R0238 du 13 mars 2014 et cf. rapport 2005, p. 89, Avis n° 01AR0073 du 15 novembre 2001 s'agissant du temps de travail et rapport 2012, p.72, Avis n° 12R1617 et 12R1619 du 18 octobre 2012 s'agissant des rémunérations)

Rémunération

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

Le plafond des rémunérations ainsi prévu s'apprécie en tenant compte de toutes les autorisations de concours scientifiques accordées à un chercheur, et non entreprise par entreprise²⁰.

L'attribution de bons de souscription d'actions²¹ (BSA) constitue souvent un complément de rémunération pour le chercheur. Dans ce cas, la convention de concours scientifique doit prévoir expressément que les BSA seront pris en compte pour l'appréciation du plafond de rémunération et que leur attribution ne pourra avoir pour effet de porter la participation du chercheur au capital de l'entreprise au-delà de la limite de 49 % du capital fixée par l'article L. 531-9 du code de la recherche.

Modifications

Par ailleurs, dans l'hypothèse où la convention prévoit que les conditions du concours scientifique sont susceptibles d'être modifiées, elle doit aussi préciser que les modifications induites feront l'objet d'un avenant communiqué à la commission de déontologie, et non d'une simple information du service public de la recherche²². Il en est notamment ainsi pour la modification des conditions de rémunération.

Renouvellement

En vertu de l'article L. 531-11 du code de la recherche, l'autorisation visée par l'article L. 531-8 du même code est délivrée par l'autorité dont relève l'agent après avis de la commission.

L'article L. 531-11 précise que le renouvellement de cette autorisation intervient après avis de la commission si les conditions établies au moment de la délivrance de l'autorisation ont évolué depuis la date de l'autorisation.

²⁰ Cf. rapport 2012, p.72 et Avis n° 12R1617 et 12R1619 du 18 octobre 2012.

²¹ Un bon de souscription est un titre financier qui permet de souscrire à un prix fixé et dans une période et une proportion donnée à un autre titre financier (action ou obligation) de l'entreprise émettrice. Les BS ne sont pas eux-mêmes rémunérés et leur valeur peut devenir nulle si l'option d'achat qu'ils représentent n'a pas été levée à l'échéance.

²² Avis n° 13R0906 du 11 juillet 2013.

1°) Dans l'hypothèse où ces conditions n'ont pas évolué, la commission considère qu'il appartient à l'autorité compétente de statuer sur la demande de renouvellement sans saisine préalable de la commission²³.

2°) En revanche, dans l'hypothèse où ces conditions ont évolué, même de manière non significative, l'autorité compétente doit saisir la commission avant de statuer sur la demande de renouvellement²⁴.

Saisie d'une demande de renouvellement d'une autorisation dont les conditions avaient évolué s'agissant, en premier lieu, de la quote-part de détention du capital social de l'entreprise détenue par l'agent dans la limite de 49 %, en deuxième lieu, du temps de travail hebdomadaire consacré à la consultance auprès de l'entreprise dans la limite de 20 % admise par la jurisprudence de la commission et, en dernier lieu, du montant de la rémunération du concours scientifique dans la limite fixée par l'article 1^{er} du décret du 20 décembre 1999, la commission estime que de telles évolutions ne sont pas significatives. Elle en déduit que celles-ci ne sont pas de nature à remettre en cause l'avis favorable qu'elle avait émis sur la précédente demande de l'intéressé (même avis).

Saisie du cas d'un agent qui avait été autorisé en août 2005, après avis de la commission, à apporter son concours scientifique pour une durée de cinq ans à une entreprise valorisant ses travaux de recherche, la commission rappelle qu'une demande de renouvellement intervenant après une période d'interruption doit être regardée comme une nouvelle demande, même si les conditions établies au moment de la délivrance de l'autorisation n'ont pas évolué depuis la date de l'autorisation²⁵.

2.6.2 PARTICIPATION AU CAPITAL

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

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

²³ Avis n°12R1561 du 18 octobre 2012 : rapport 2012 p. 70.

²⁴ Avis n°14R0502 du 10 avril 2014

²⁵ Avis n°14R0503 du 10 avril 2014 ; pour un précédent, V. Avis n° 05AR018 du 7 avril 2005 : rapport 2005 p. 89).

Dans le cadre d'une demande d'autorisation fondée sur l'article L. 531-8 du code de la recherche, la commission a émis un avis favorable à la demande de l'agent d'apporter son concours scientifique à une société dont il détient 26,6% du capital et son conjoint 53,3%, dès lors qu'il ne résulte pas des éléments soumis à la commission que l'agent aurait la majorité des voix ou exercerait des fonctions de dirigeant de fait de la société.²⁶

Un chercheur peut apporter son concours scientifique à la société P qui valorisera ses travaux de recherche et prendre une participation au capital de la société S, qui détiendra elle-même 30 % du capital de la société P (Avis n° 15R0760 du 9 avril 2015).

2.6.3 CONTRAT DE VALORISATION

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

Objet du contrat

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

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

L'objectif poursuivi par le code de la recherche est de soutenir la valorisation effective des résultats de la recherche publique. Le contrat de valorisation exigé par les dispositions du 1^{er} alinéa de l'article L.531-8 du code de la recherche, joint au dossier

²⁶ Voir avis n°14R1195 du 10 juillet 2014 et n° 99A0883 du 20 décembre 1999, rapport 2005 p.80, et avis n° 00AR0081 du 23 novembre 2000, rapport 2005 p. 81 : pour l'appréciation du seuil de participation du chercheur au capital de la société fixé à 49% par les dispositions de l'article L. 531-8 du code de la recherche, seule la participation personnelle de l'intéressé est prise en compte, à l'exclusion de celle de ses ascendants, descendants, conjoint ou collatéraux.

Comp : Avis n° 00AR0092 du 14 décembre 2000 ; avis défavorable à une demande d'apport de concours scientifique à une société dont les associés appartiennent exclusivement à la famille du fonctionnaire (épouse désignée comme gérante) et dont le fonctionnaire doit être regardé comme le dirigeant de fait ; ou avis n° 06AR055 du 22 juin 2006 : avis défavorable pour une société dont les deux associés sont l'agent et un membre de sa famille, désigné comme gérant.

de la demande d'autorisation d'un concours scientifique, qui accorde à la société le droit d'utiliser, pour une durée limitée, les résultats de la recherche publique en vue de poursuivre, en interne, les recherches de développement avant, le cas échéant, de lever l'option d'une licence définitive, et non de les exploiter immédiatement à des fins commerciales, peut toutefois être admis, sous réserve d'une durée limitée. La commission admet, en l'espèce, une durée de trois années.

Au terme du contrat d'option :

- Soit la société lève l'option de licence et, sur la base de la prolongation des relations contractuelles entre l'établissement public de recherche et la société, le concours scientifique peut se poursuivre ;

- Soit la société ne lève pas l'option de licence de sorte que les relations contractuelles entre la société et l'établissement public cessent, ce qui a pour effet l'interruption immédiate du concours scientifique.

De la même façon, la commission, saisie de demandes de concours scientifiques auprès d'une société avec prise de participation au capital social de celle-ci, a relevé, en l'espèce, que les contrats de valorisation soumis à son examen et qui servent de fondement à la demande de concours scientifique présentée donnaient à la société le droit, moyennant redevance, pour deux ans, d'utiliser les résultats de la recherche des établissements exclusivement à des fins de recherche interne et non à des fins commerciales. La commission a confirmé sa jurisprudence à l'égard de ce type de contrat mais a indiqué que leur validité ne saurait, dans le cas d'espèce, se prolonger au-delà de la durée qu'ils prévoient. A défaut pour la société de lever les options contenues dans les contrats précités, le concours scientifique exercé par le chercheur, qui ne serait alors plus adossé à un contrat de valorisation exigé par l'article L. 531-8 du code de la recherche, devrait alors cesser immédiatement.

La durée de trois années est admise par la commission comme une limite haute. Dans un dossier, le contrat d'option donnait à la société le droit, moyennant redevance, pour trois ans, d'utiliser les résultats de la recherche à des fins de recherches internes et non dans un but commercial. Cette durée a été, en l'espèce, admise, compte tenu des montants très élevés des clauses financières conclues avec les laboratoires intéressés. Il s'agit d'une durée maximale qui doit être justifiée par la nature des travaux de recherche valorisés.

Dans l'hypothèse où le contrat de concession de licence prévoit une option de cession et que celle-ci serait exercée avant le terme du concours scientifique, les conditions dans lesquelles celui-ci pourrait se poursuivre doivent faire l'objet de précisions apportées dans un avenant (Avis n° 15R0123 et 15R0239 du 12 février 2015).

Clause d'exclusivité et bonne exécution du contrat

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

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

Toutefois, quand les modalités de résiliation du contrat négociées par les parties sont exposées sans ambiguïté en termes équivalents, il n'y a pas lieu à réserve de ce chef. A titre d'exemple, il en va ainsi lorsque le contrat prévoit la levée de l'exclusivité si le licencié interrompt pendant plus de neuf mois les travaux de développement, si le licencié interrompt pendant plus de douze mois l'exploitation d'un produit à partir de sa première commercialisation et, enfin, en cas d'absence totale de vente dans un délai de deux ans à compter de l'obtention d'une première autorisation de mise sur le marché.

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

En l'absence de circonstances justifiant un traitement exceptionnel ou particulier, la commission estime excessive la durée de l'exclusivité d'exploitation fixée à cinq ans par un contrat de licence de logiciel. Elle subordonne son avis favorable à la condition que cette durée soit ramenée à trois ans, estimée suffisante compte tenu des circonstances de l'espèce²⁷.

Conditions financières et intérêts du service public

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

²⁷ Avis n°14R0475 du 10 avril 2014.

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

Elle admet également qu'un contrat de valorisation prévoit que la rémunération de l'organisme public de recherche prenne la forme d'une mise à disposition d'un doctorant à la condition que cette possibilité soit subordonnée à l'accord exprès de cet organisme.

Saisie du cas d'un projet de valorisation d'un brevet nécessitant, dans un premier temps, d'importants investissements de la part de l'entreprise en l'absence probable de bénéfices, la commission considère que, si un taux faible peut être admis pendant une durée limitée compte tenu de ces circonstances particulières, rien ne justifie, en revanche, que ce taux soit maintenu à un niveau aussi faible pendant toute la durée du contrat. La commission émet un avis défavorable en l'état sur cette demande²⁸.

Dans le cas d'un contrat de licence d'exploitation d'un logiciel prévoyant un taux de redevances de 1,75 % pour l'exploitation directe et l'exploitation indirecte, la commission estime que l'assiette des redevances d'exploitation indirecte s'entend des revenus de l'entreprise sous-traitante et non pas des revenus de l'entreprise de valorisation, ce afin de préserver les intérêts matériels du service public de la recherche²⁹.

Saisie par un professeur des universités - praticien hospitalier d'une demande de concours scientifique et de participation au capital social de la société qui valorisera les travaux de recherche de l'intéressé, la commission relève qu'eu égard aux investissements importants réalisés par la société pour l'aménagement d'une chambre allergène au sein de l'établissement hospitalier et à la collaboration active entre cette société et les établissements publics de recherche, qui conduira à la conclusion de contrats de valorisation, la demande de concours scientifique présentée par l'agent doit être regardée comme préservant les intérêts du service public de la recherche. Elle précise que les contrats de valorisation portant sur les travaux réalisés dans ce centre de recherche et toute convention spécifique, prévue par la convention cadre de coopération jointe au dossier, lui seront communiqués³⁰.

Contrats de sous-licences

Le droit exclusif d'exploitation s'accompagne fréquemment du droit pour le licencié de négocier des accords de sous-licence. Afin de préserver les intérêts du service

²⁸ Avis n° 13R2218 du 16 janvier 2014.

²⁹ Avis n° 14R0475 du 10 avril 2014.

³⁰ Avis n° 14R1857 du 13 novembre 2014.

public de la recherche, la commission a subordonné à l'accord de celui-ci l'octroi par l'entreprise de licences ou de sous-licences d'exploitation de brevets³¹.

Elle a ainsi accompagné son avis favorable d'une réserve visant à prévoir au contrat de valorisation une clause subordonnant la possibilité reconnue à la société exploitant un brevet de concéder des sous-licences à l'accord, et non seulement à l'information, de l'université propriétaire de ce brevet³². De même, elle a émis un avis favorable à une demande fondée sur l'article L 531-8 du code de la recherche, sous la réserve de la modification d'une clause permettant à la société exploitant un brevet de négocier seule et de conclure avec des tiers des contrats de transfert de matériel concernant ces brevets pour subordonner cette possibilité à un accord formel de l'INSERM, copropriétaire³³.

Toutefois, dans les contrats de transfert de technologie mettant en œuvre des logiciels, les droits concédés au licencié peuvent apparaître comme plus larges que dans le cas de transferts de technologie fondés sur un brevet, avec notamment un véritable droit à sous-licencier, compte tenu de la nature même du résultat de la recherche scientifique, qu'est le logiciel, à savoir un produit non exploitable en l'état et qui nécessitera, en tout état de cause, des modifications et des améliorations et même son intégration dans d'autres logiciels, le logiciel initial se transformant en œuvre dérivée ou composite, avec une protection particulière. Dans ce contexte particulier, la commission n'exige pas l'accord préalable de l'organisme public de recherche propriétaire pour la négociation et la conclusion de sous-licences.

Clauses de propriété intellectuelle

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

Règlement des litiges

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

³¹ Par ex. Avis 03AR022 du 13 mars 2003.

³² Avis n° 14R1813 du 13 novembre 2014.

³³ Avis n° 14R0236 du 13 mars 2014.

Le cas particulier des projets de valorisation faisant intervenir des SATT

Dans le cadre du programme d'investissements d'avenir (PIA), exposé dans la loi de finances rectificative du 9 mars 2010, a été mis en place un pôle de valorisation de la recherche, qui a créé 14 sociétés d'accélération du transfert de technologies (SATT). Ces sociétés, créées sous la forme de sociétés par actions simplifiées (SAS) et détenues à 67 % par des établissements publics de recherche et à 33 % pour le compte de l'Etat, ont pour objectif de dynamiser la maturation économique des projets de recherche, de mettre fin au morcellement des structures de valorisation et de créer davantage de valeur économique.

La commission a été saisie à plusieurs reprises de projets de valorisation impliquant des SATT, au demeurant selon des modalités diverses :

- licence exclusive consentie par les établissements publics de recherche à la SATT, qui consent une sous-licence exclusive à une entreprise, celle-ci conservant la possibilité d'accorder des sous-sous-licences ;

- licence exclusive consentie conjointement par la SATT et les établissements publics de recherche à une entreprise, assortie le cas échéant de la possibilité pour cette dernière de concéder des sous-licences ;

- licence exclusive consentie par l'établissement de recherche à une entreprise, la SATT n'intervenant que dans le cadre de la négociation des contrats.

Dans certains cas, la SATT prend par ailleurs une participation dans le capital de l'entreprise qui valorisera la recherche.

La commission tient compte de l'intérêt que représente l'intervention de ces nouveaux acteurs, tout en veillant à ce que leur interposition ne fasse pas obstacle au contrôle qu'elle exerce aux fins de protéger les intérêts du service public de la recherche.

En ce qui concerne les conditions financières, dans le cas où la licence d'exploitation a été consentie à la SATT et que celle-ci dispose du droit exclusif de sous-licencier, la commission analyse la rémunération des sous-licences consenties par la SATT avec les mêmes critères que ceux qu'elle met en œuvre pour analyser une licence exclusive consentie par un ou des établissements publics de recherche à une entreprise. Elle n'examine pas en revanche, les modalités de répartition des revenus de sous-licences convenues entre la SATT et les établissements publics de recherche.

En ce qui concerne les relations avec d'éventuels sous-licenciés, lorsque la SATT accorde à l'entreprise la possibilité d'accorder des « sous-sous-licences », la commission s'assure que le service public de la recherche n'est pas privé de tout droit de regard sur le choix par l'entreprise du « sous-sous-licencié », tout en prenant acte de ce que les établissements publics de recherche souhaite parfois laisser à la SATT le soin de refuser elle-même ce « sous-sous-licencié ».

Ainsi, la commission n'a pas émis de réserves lorsque la possibilité de refuser le « sous-sous-licencié » était donnée soit à l'établissement public de recherche, soit à la SATT, dûment mandatée en amont par l'établissement public de recherche pour suivre l'exécution du contrat de valorisation et notamment pour intervenir dans le refus des « sous-sous-licenciés » lorsque les critères liés à la protection des intérêts du service public de la recherche, à laquelle la commission doit veiller en application des dispositions du code de la recherche, apparaissent pertinents.

Lorsque les projets de contrat qui lui étaient soumis ne prévoyaient aucune possibilité de refus des « sous-sous-licenciés », la commission a assorti son avis favorable d'une réserve tendant à ce que le droit pour l'entreprise de concéder une « sous-sous licence » soit subordonné à l'accord de la SATT ou des copropriétaires des brevets (Avis n° 15R2105 du 3 septembre 2015).

Il appartient ensuite aux établissements publics de recherche et à la SATT de définir les modalités pratiques de mise en œuvre. La commission assortit ainsi son avis d'une réserve lorsque le contrat de sous-licence entre la Satt et la société qui sera chargée de la valorisation portant sur la technologie innovante n'a pas été précédé de la signature d'un contrat entre la SATT et les établissements copropriétaires de celle-ci pour définir les modalités de la licence relative à cette technologie (Avis n° 15R2105 du 3 septembre 2015).

2.7 PARTICIPATION AU CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE SOCIÉTÉ : ARTICLES L. 531-12 ET SUIVANTS

En vertu des dispositions de l'article L. 531-12 du code de la recherche, lesquelles dérogent à l'interdiction édictée par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, les fonctionnaires peuvent, à titre personnel, être autorisés à être membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une société anonyme afin de favoriser la diffusion des résultats de la recherche publique. Selon les termes de l'article L. 531-3 du même code, cette autorisation est délivrée par l'autorité dont relève le fonctionnaire, après avis de la commission de la déontologie et est refusée : « a) - Si elle est préjudiciable au fonctionnement normal du service public ; / b) - Ou si par nature ou par ses conditions et modalités et eu égard aux fonctions précédemment exercées par le fonctionnaire, la participation de ce dernier porte atteinte à la dignité desdites fonctions ou risque de compromettre ou mettre en cause l'indépendance ou la neutralité du service ; / c) - Ou si la prise d'intérêts dans l'entreprise est de nature à porter atteinte aux intérêts matériels ou moraux du service public de la recherche ou à remettre en cause les conditions d'exercice de la mission d'expertise qu'il exerce auprès des pouvoirs publics » ;

Le directeur d'un laboratoire universitaire demandait à devenir membre du conseil d'administration d'une société anonyme de droit belge, en remplacement de son père, décédé. Toutefois, même si le procès-verbal nommant l'intéressé au conseil d'administration relevait que le profil scientifique de celui-ci constituerait un apport de qualité aux délibérations du conseil d'administration de la société, et si cette dernière est

une holding qui détient des titres de sociétés exerçant notamment une activité de transformation de métaux et possédant des brevets, la commission a relevé que ni elle ni ses filiales n'exercent une quelconque activité de recherche. La participation de ce directeur au conseil d'administration de cette société n'est donc pas apparue de nature à favoriser la diffusion des résultats de la recherche scientifique et la commission a donc émis un avis d'incompatibilité (Avis n°15R1071 du 7 mai 2015).

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

En 2015, à la différence de ce qui s'était passé en 2014, le nombre de dossiers dont la commission a été saisie a nettement baissé, sans que cette tendance puisse trouver une explication immédiate. Il faut une fois encore souligner la concentration de l'effort de valorisation dans certains grands centres de recherche ou universités, soutenu par des services de valorisation performants. La diffusion de la législation et la mise en place de structures dédiées devraient permettre un retour à une plus large utilisation de ces outils de valorisation.

CONCLUSION

En conclusion de ses précédents rapports d'activité, la commission de déontologie était revenue à diverses reprises sur le bilan des aménagements de textes intervenus au cours des années antérieures, tout en s'efforçant de mettre en évidence un certain nombre de difficultés persistantes. Les observations alors présentées entendaient s'inscrire dans le cadre des débats auxquels allait donner lieu le projet de loi déposé au mois de juillet 2013 à l'Assemblée nationale, devenu la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

Au moment où la commission présente le présent rapport dont les éléments restent fondés sur les textes antérieurs, les décrets d'application de cette loi, qui entrera en vigueur avec ceux-ci, sont en préparation.

Un certain nombre des recommandations précédemment formulées ont été prises en compte après que le Gouvernement a proposé des modifications en ce sens à la suite de la remise au chef de l'Etat, le 7 janvier 2015, du rapport de M. Jean-Louis Nadal.

Ainsi est notamment rétablie la saisine obligatoire de la commission en ce qui concerne les départs dans le privé. Dans ces conditions, celle-ci exercera dans tous les cas aussi bien son contrôle pénal que son contrôle déontologique.

La loi mentionne désormais expressément le caractère préalable de la saisine de la commission et, ce qui n'est pas sans lien, allonge le délai dans lequel son président peut lui-même la saisir lorsque ni l'intéressé ni l'administration ne l'ont fait préalablement : trois mois à compter de l'embauche de l'intéressé ou de la création de son entreprise, au lieu de dix jours actuellement. Un délai aussi court privait en pratique de toute portée utile cette disposition.

Le texte étend par ailleurs sensiblement les missions de la commission en matière de prévention des conflits d'intérêts en ouvrant notamment aux administrations la possibilité de la saisir sur l'application, à des situations individuelles, des dispositions de la loi portant sur cette prévention.

*

La commission avait fait valoir la nécessité de disposer, pour exercer efficacement son contrôle, de pouvoirs d'investigation renforcés. Ceux qui lui étaient reconnus jusque-là reposaient seulement sur des dispositions réglementaires. Aussi avait-elle appelé de ses vœux la reconnaissance par le législateur d'un pouvoir d'enquête.

Pour répondre à ce besoin, ce dernier a reconnu à la commission le pouvoir de demander au fonctionnaire ou à l'autorité dont il relève toute explication ou tout

document nécessaire à l'exercice de ses missions et de recueillir auprès des personnes publiques et privées toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

La loi tire par ailleurs les conséquences de la consécration, par le nouvel article 6 *ter* A du statut général, d'un mécanisme d'alerte portant sur des faits susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts. La commission sera informée de tels faits relatés ou ayant fait l'objet d'un témoignage si ceux-ci concernent les fonctions exercées ou ayant été exercées au cours des trois années antérieures.

*

La commission, qui avait beaucoup insisté pour que soient tirées les *conséquences de la mise en place, en application de la loi du 11 octobre 2013, de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique*, dont les missions soulèvent des questions d'articulation avec les siennes, a été entendue.

Le choix initial qu'avait fait le projet de loi, de lui confier une nouvelle mission de vérification des déclarations de patrimoine que certains agents devront déposer dans les deux mois qui suivent leur prise de fonction, a été reconsidéré. Le Parlement a pris le parti très clair de concentrer entre les seules mains de la Haute autorité l'ensemble des compétences relatives aux déclarations de situation patrimoniale. Ainsi la commission de déontologie pourra-t-elle se consacrer entièrement à sa mission essentielle qui est la prévention des conflits d'intérêts. Elle a également été déchargée de l'examen des déclarations d'intérêts, que de la même façon la loi du 11 octobre 2013 confiait déjà à la Haute autorité non seulement pour les titulaires de certains mandats politiques mais aussi pour certains agents publics relevant par ailleurs de la commission.

Le Parlement a veillé en outre à ce que les attributions de l'une et de l'autre des deux institutions ne se chevauchassent pas. À cette fin, une disposition a été prise pour rendre la Haute autorité seule compétente lors du départ dans le privé d'un agent pouvant relever de la première mais ayant exercé au cours d'une partie des trois années précédentes des fonctions le plaçant à ce titre sous le contrôle de la seconde. Le premier alinéa du I de l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013 a été complété à cette fin. La Haute autorité informe dans ce cas de figure la commission de déontologie.

Une coopération active est bien entendu nécessaire entre l'une et l'autre compte tenu de la proximité de certaines de leurs attributions. Il leur appartient d'organiser cette coopération qui ne relève pas de la loi. Celle-ci précise cependant de façon fort utile que les deux institutions pourront échanger toutes informations nécessaires à l'accomplissement de leurs missions respectives, y compris si elles sont couvertes par le secret professionnel, et fait en outre obligation à chacune d'informer l'autre des avis rendus qui intéressent celle-ci.

*

Deux modifications vont accroître de façon substantielle la portée des avis de la commission de déontologie :

– ces avis lieront l'administration non seulement, comme aujourd'hui, dans le cas où ils déclarent l'activité privée incompatible avec les fonctions exercées ou ayant été exercées mais aussi dans le cas où ils la déclarent compatible moyennant le respect de réserves ;

– un contrat de travail dont est titulaire un agent qui ne respecte pas l'avis rendu par la commission prendra fin à la date de notification de cet avis sans préavis et sans indemnité de rupture.

Compte tenu du nombre de situations dans lesquelles la compatibilité ne peut aller sans l'expression de réserves fussent-elles légères, ces mesures ne manqueront pas d'avoir des conséquences importantes sur le caractère effectif des avis rendus par la commission.

*

Toutes les questions que la commission de déontologie a cru devoir soulever ne se trouvent pas réglées.

Le risque de confusion entre activité accessoire lucrative ou non, que l'autorité hiérarchique peut autoriser sans saisir la commission, et activité privée lucrative par création ou reprise d'une entreprise sous réserve maintenant d'accomplir un service à temps partiel, soumise à l'avis de la commission, n'a pas entièrement disparu lorsque l'activité s'exerce sous la forme de l'auto-entreprise.

La mise en avant, par la commission, de l'intérêt que pourrait présenter la communication, aux entreprises d'accueil, des décisions prises par l'administration sur son avis ainsi que le suivi de ces décisions, n'a pas pour le moment rencontré d'écho.

Le législateur, tout en suivant ses objectifs propres, n'en a pas moins répondu de façon très satisfaisante à de nombreuses interrogations. Il a surtout, plaçant la déontologie au cœur du statut général des fonctionnaires, intégré à celui-ci en un tout cohérent et intelligible, les dispositions concernant la commission de déontologie.

Il est difficile de mesurer toutes les conséquences de cette réforme dont la mise en œuvre demandera du soin et, sans doute, un temps d'adaptation. La commission de déontologie s'y tient prête pour peu que les moyens nécessaires lui soient donnés pour ce faire. Elle entend souligner, une fois de plus, qu'elle ne peut convenablement exercer les missions, maintenant élargies, qui sont les siennes qu'à cette condition. Un renforcement s'avère en effet nécessaire dans la mesure où son intervention va s'accroître.

~ ANNEXES ~

1) Les membres de la commission de déontologie

2) Les principaux textes applicables

Textes généraux

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

Dispositions particulières

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

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

4) Circulaires

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

1) Les membres de la commission de déontologie

Président : M. Roland PEYLET, conseiller d'Etat honoraire.

Suppléant : M. André SCHILTE, conseiller d'Etat honoraire.

Membres communs aux quatre formations de la commission

En qualité de magistrat de la Cour des comptes

Membre titulaire : M. Yves MEDINA, conseiller maître honoraire.

Membre suppléant : M. Jean GAUTIER, conseiller maître.

En qualité de magistrat de l'ordre judiciaire

Membre titulaire : Mme Marie-Hélène TRIC, conseiller honoraire.

Membre suppléant : Mme Martine VALDES-BOULOUQUE, avocat général à la Cour de cassation.

En qualité de personnalité qualifiée

Membres titulaires :

M. Patrick PIERRARD, préfet.

M. Christophe BAULINET, inspecteur général des finances.

Membres suppléants :

M. Fabrice DAMBRINE, ingénieur général des mines.

M. Remi TOUSSAIN, inspecteur général des finances en service extraordinaire.

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

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

Membres de la formation spécialisée compétente pour la fonction publique territoriale

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

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

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

Membre titulaire : M. Damien ABAD, président du conseil départemental de l'Ain.

Membre suppléant : M. Jean-Yves GOUTTEBEL, président du conseil départemental du Puy-de-Dôme.

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

Membre titulaire : M. Éric LOISELET, conseiller régional de Champagne-Ardenne.

Membre suppléant : M. Guy HARAU, conseiller régional de Lorraine.

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

Membre titulaire : M. Fabien TASTET, directeur général des services du conseil départemental de l'Essonne.

Membre suppléant : Mme Marie-Francine FRANCOIS, directrice générale des services de la ville de Clermont-Ferrand.

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

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

Membre titulaire : M. Cédric ARCOS, directeur d'hôpital, directeur de cabinet du délégué général de la Fédération hospitalière de France.

Membre suppléant : M. Philippe SOULIE, directeur d'hôpital, délégué régional de la Fédération hospitalière de France.

En tant qu'inspecteur général des affaires sociales :

Membre titulaire : M. Jacques METAIS, inspecteur général honoraire.

Membre suppléant : M. Patrice LEGRAND, administrateur civil hors classe honoraire.

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

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

Membres titulaires : Mme Michèle HANNOYER, administratrice civile honoraire ; M. Alain NEMOZ, professeur des universités émérite.

Membres suppléants : M. Bernard FROMENT, inspecteur général de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche ; M. André TOUBOUL, professeur des universités de classe exceptionnelle.

2) Principaux textes applicables

Textes généraux

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

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

Ces dispositions sont applicables :

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

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

3° Aux membres d'un cabinet ministériel ;

4° Aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales ;

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

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

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

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

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

II.- La saisine de la commission est obligatoire au titre du I pour les agents chargés soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer des décisions relatives à des opérations effectuées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions.

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

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

La commission peut être saisie :

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

b) Par son président, dans un délai de dix jours à compter de l'embauche de l'agent ou de la création de l'entreprise ou de l'organisme privé. Dans ce cas, la commission émet son avis dans un délai de trois semaines, qui peut être prolongé d'une semaine par décision de son président. Si la commission

rend un avis d'incompatibilité, le contrat de travail de l'agent prend fin à la date de la notification de l'avis de la commission, sans préavis et sans indemnité de rupture.

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

III.- La commission peut être saisie pour rendre un avis sur la compatibilité avec les fonctions précédentes de l'agent, de toute activité lucrative, salariée ou non, dans un organisme ou une entreprise privé ou dans une entreprise publique exerçant son activité conformément aux règles du droit privé dans un secteur concurrentiel ou d'une activité libérale que souhaite exercer l'agent pendant un délai de trois ans suivant la cessation de ses fonctions. La commission examine si cette activité porte atteinte à la dignité des fonctions précédemment exercées ou risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service. Au cas où la commission a été consultée et n'a pas émis d'avis défavorable, l'agent public ne peut plus faire l'objet de poursuites disciplinaires et le IV ne lui est pas applicable.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 modifié relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant exercé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Chapitre II : Saisine de la commission de déontologie.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 4 L'agent qui sollicite le bénéfice de l'une des autorisations prévues aux articles L. 413-1, L. 413-8, L. 413-9 et L. 413-12 du code de la recherche en fait la demande par écrit à l'autorité dont il relève. Une explication détaillée du projet de l'agent est jointe à cette demande ainsi que, dans le cas

des autorisations prévues aux articles L. 413-1 et L. 413-8, le contrat mentionné au premier alinéa desdits articles ou, si celui-ci n'est pas encore conclu, les éléments relatifs au projet de contrat.

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

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

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

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

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

Pendant la durée de l'autorisation et durant trois ans à compter de son expiration ou de son retrait, tous les contrats et conventions conclus entre le service public de la recherche et l'entreprise qui valorise les travaux de recherche du fonctionnaire ou de l'agent contractuel intéressé ou la société anonyme dans laquelle le fonctionnaire est membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sont portés à la connaissance de l'autorité dont il relève par la personne publique partie au contrat. Cette autorité en informe la commission.

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

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

TITRE III : DISPOSITIONS RELATIVES À LA COMMISSION DE DÉONTOLOGIE

Chapitre Ier : Organisation.

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

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

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

Deux rapporteurs généraux adjoints peuvent être désignés.

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

Chapitre II : Fonctionnement.

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

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

Article 10 La commission peut entendre l'agent soit à sa demande, soit sur convocation si elle le juge nécessaire. L'agent peut se faire assister par toute personne de son choix.
La commission peut recueillir auprès des personnes publiques et privées toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

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

Chapitre III : Avis.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 modifié relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat

Chapitre Ier : Cumul d'activités à titre accessoire.

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

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

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

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

2° Enseignement et formation ;

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

4° Activité agricole au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural dans des exploitations agricoles non constituées sous forme sociale, ainsi qu'une activité exercée dans des exploitations constituées sous forme de société civile ou commerciale ;

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

6° Aide à domicile à un ascendant, à un descendant, à son conjoint, à son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou à son concubin, permettant au fonctionnaire, à l'agent non titulaire de droit public ou à l'ouvrier d'un établissement industriel de l'Etat de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide ;

7° Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers.

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

1° Services à la personne ;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 11 L'agent qui, en application de la dérogation prévue au 1° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée et en dehors des activités mentionnées au II de l'article 2 du présent décret,

se propose de créer ou de reprendre une entreprise industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole, présente une déclaration écrite à l'autorité dont il relève, deux mois au moins avant la date de création ou de reprise de cette entreprise.

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

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

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

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

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

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

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

Article 12 L'agent mentionné au 2° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée déclare par écrit à l'autorité dont il est appelé à relever, son projet de continuer à exercer une activité privée. Lorsqu'il est recruté en qualité de fonctionnaire, il transmet cette déclaration à l'autorité compétente dès sa nomination en qualité de fonctionnaire stagiaire.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Code pénal - articles 432-12 et 432-13

Article 432-12 Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 € dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

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

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

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

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

Article 432-13 Est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 € dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que membre du Gouvernement, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

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

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

Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent

directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la [loi n° 90-568 du 2 juillet 1990](#) relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

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

Dispositions particulières

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'autorisation est refusée :

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

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

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

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

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

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

Dans le cas mentionné au b, il met fin à sa collaboration professionnelle avec l'entreprise dans un délai d'un an et ne peut plus conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque dans

l'entreprise. Il peut toutefois être autorisé à apporter son concours scientifique à l'entreprise, à conserver une participation dans le capital social de l'entreprise, dans la limite de 49 % du capital donnant droit au maximum à 49 % des droits de vote, et à être membre du conseil d'administration ou de surveillance de celle-ci dans les conditions prévues aux sections 2 et 3 du présent chapitre.

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

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

Article L531-8 Les fonctionnaires mentionnés à l'article L. 531-1 peuvent être autorisés, pendant une période de temps limitée fixée par voie réglementaire, à apporter leur concours scientifique à une entreprise qui assure, en exécution d'un contrat conclu avec une personne publique ou une entreprise publique, la valorisation des travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans l'exercice de leurs fonctions.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 4 : Dispositions générales

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

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

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

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

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

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

Circulaire du 31 octobre 2007

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

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

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

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

La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, en modifiant à la fois le code pénal et la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, procède à une telle réforme.

La nouvelle rédaction de l'article 432-13 du code pénal, qui redéfinit l'incrimination pénale de prise illégale d'intérêts, vise à présent le fonctionnaire ou agent d'une administration publique qui, dans le cadre des fonctions qu'il a *effectivement* exercées, a été chargé soit de la surveillance ou du contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une telle entreprise ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer *directement* à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions. Un tel agent ne peut rejoindre une entreprise avec

laquelle il s'est trouvé en contact de l'une des manières décrites ci-dessus avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

L'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, dans sa version issue de la loi du 2 février 2007, substitue une commission de déontologie unique aux trois commissions auparavant compétentes pour la fonction publique de l'Etat, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière. Il renouvelle par ailleurs en profondeur le contrôle de déontologie opéré sur les agents qui envisagent d'exercer une activité dans le secteur privé et dans le secteur public concurrentiel. Le champ et les modalités d'application de cet article sont précisés dans le décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie.

En outre, en sus des compétences des anciennes commissions de déontologie, la commission de déontologie est désormais saisie de la déclaration d'un agent qui, tout en demeurant à temps plein ou en choisissant de se placer à temps partiel, souhaite cumuler ses fonctions avec la création, la reprise ou la poursuite d'une activité au sein d'une entreprise. Le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat précise les modalités de saisine et la portée des avis donnés par la commission.

La présente circulaire a pour objet de définir les modalités de contrôle de déontologie prévues pour :

- L'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions (I) ;
- La création, la reprise ou la poursuite d'activités au sein d'une entreprise (II).

Elle s'applique aux trois versants de la fonction publique.

I) Le contrôle de l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions

1) Champ d'application

1.1) Personnel soumis au contrôle de compatibilité

Le public visé par le contrôle de déontologie s'élargit.

Alors qu'auparavant étaient seuls concernés les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public cessant temporairement, par le biais de la mise en disponibilité ou du congé sans rémunération, ou définitivement, leurs fonctions, sont désormais concernés :

- les **fonctionnaires**, titulaires ou stagiaires, placés ou devant être placés en cessation définitive de fonctions, en disponibilité, en détachement, en position hors cadres, de mise à disposition ou d'exclusion temporaire de fonctions ;

- les **agents non titulaires de droit public** employés par l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public et les agents contractuels de droit public employés par une

autorité administrative indépendante (voir ci-dessous) à condition qu'ils soient employés depuis plus d'un an par la même autorité ou collectivité publique :

- les **membres de cabinet** ministériel et les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales;

- **certains agents contractuels de droit privé :**

- o ceux exerçant leurs fonctions au sein des établissements relevant du domaine sanitaire (Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, Etablissement français du sang, Agence française de sécurité sanitaire des aliments, Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail, Institut de veille sanitaire, Agence de la biomédecine, Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé) ;
- o ceux exerçant leurs fonctions au sein des autorités administratives indépendantes, c'est-à-dire dans toute institution de l'Etat qui n'est pas soumise à l'autorité hiérarchique d'un ministre, quelle que soit sa dénomination exacte (« autorité administrative indépendante », « autorité publique indépendante », « autorité indépendante »...).

Doivent faire l'objet d'une saisine obligatoire de la commission de déontologie les dossiers des agents ayant été effectivement chargés, au cours des trois années précédant leur demande :

- **soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée,**
- **soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats,**
- **soit de proposer des décisions relatives à des opérations effectuées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions.**

Par « surveillance ou contrôle » d'une entreprise (ou de toute autre personne morale privée), il convient d'entendre toute fonction de surveillance ou de contrôle susceptible de, donner lieu à des observations à l'égard de l'entreprise ou de conduire à l'intervention d'une décision favorable ou défavorable à cette entreprise.

Les contrats mentionnés par le décret sont tous ceux qui sont passés par une collectivité ou un établissement public en vue de la réalisation de travaux, de la fourniture de biens ou de la prestation de services. Sont notamment concernés les marchés publics, les délégations de service public, les partenariats publics-privés ainsi que toutes les conventions passées au nom de l'Etat avec des tiers (entreprises ou structures associatives) pour la réalisation d'études.

Lorsqu'un agent n'a pas exercé de telles activités ou n'a pas pris part à de telles décisions relatives à l'entreprise qu'il souhaite rejoindre ou le secteur concurrentiel dans lequel cette dernière évolue au cours des trois années précédant le début de l'activité privée envisagée, la saisine de la commission n'est pas obligatoire.

Il vous est demandé d'être particulièrement attentif à cette distinction entre les deux catégories de saisine et de vous abstenir de soumettre à l'avis de la commission de

déontologie les dossiers des agents qui n'ont effectivement exercé aucune des fonctions justifiant la saisine obligatoire, sauf si vous avez un doute sur le point de savoir si les fonctions exercées par l'agent entrent dans le champ du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 ou si vous estimez que l'activité envisagée pourrait porter atteinte à la dignité des fonctions précédemment exercées ou risquerait de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

1.2) Les entreprises privées concernées

a) Relèvent du contrôle de compatibilité :

- les activités professionnelles exercées dans toutes les entreprises privées ainsi que dans tous les organismes privés à caractère non lucratif (associations, fondations...);
- les activités privées libérales.

b) Les entreprises publiques du secteur concurrentiel opérant conformément aux règles du droit privé sont assimilées aux entreprises privées pour l'application du décret. Sont comprises dans cette dernière catégorie les sociétés remplissant les trois conditions suivantes :

- appartenir au secteur public, c'est-à-dire être une société dont le capital est majoritairement détenu, directement ou indirectement, par des personnes publiques (État, collectivités locales, établissements publics et autres entreprises publiques);
- exercer son activité dans le secteur concurrentiel;
- exercer son activité selon les règles du droit privé.

Dans le cas des entreprises « mixtes », c'est-à-dire qui exercent leur activité en partie seulement dans le secteur concurrentiel, il convient de se référer à l'activité de la branche de l'entreprise dans laquelle l'agent souhaite travailler.

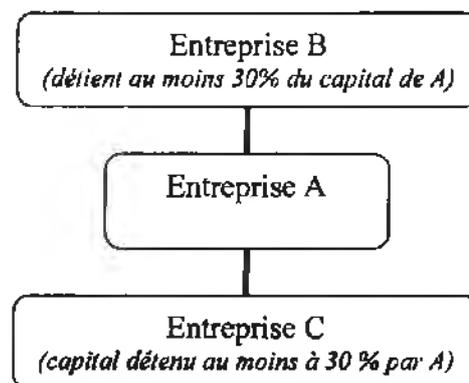
c) Sont également soumises au contrôle de la commission de déontologie les demandes d'exercice d'activité privée au sein d'une entreprise :

- 1 - qui détient au moins 30 p. 100 du capital de l'entreprise à l'égard de laquelle l'agent a été effectivement chargé des missions définies au A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 : cette dernière est l'entreprise A, dont la « mère » est l'entreprise B ;
- 2 - ou dont le capital est, à hauteur de 30 p. 100 au moins, détenu par l'entreprise A (entreprise C, « fille » de l'entreprise A) ;
- 3 - ou dont le capital est détenu par une entreprise (entreprise E) détenant aussi 30 p. 100 au moins du capital de l'entreprise A (entreprise D, « sœur » de l'entreprise A) ;
- 4 - ou qui a conclu avec l'entreprise susmentionnée un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait.

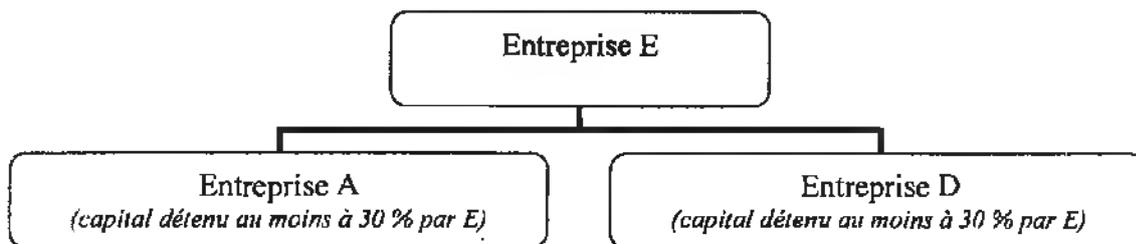
L'agent qui a contrôlé ou surveillé l'entreprise A ne peut donc pas non plus exercer une activité privée dans les entreprises B, C et D si le pourcentage minimal de capital commun est de 30 %.

Schéma explicatif

1) Cas 1 et 2



2) Cas 3



2) Nature du contrôle

Le contrôle de déontologie, défini au I-A et au I-B de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, présente une double caractéristique : il s'agit à la fois d'un contrôle de l'application de la loi pénale et d'un contrôle de nature déontologique.

Qu'elle soit saisie à titre obligatoire ou à titre facultatif, la commission vérifie, au titre du contrôle pénal, que l'agent n'a pas été, au cours des trois dernières années qui précèdent le début de l'activité privée, chargé, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées :

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

Ce contrôle vise à prémunir l'agent contre le risque de mise en cause de sa responsabilité pénale au titre de la prise illégale d'intérêts.

Elle vérifie également que les activités concernées, par leur nature ou leurs conditions d'exercice et eu égard aux fonctions exercées par l'intéressé au cours de cette période, ne compromettent pas le fonctionnement normal du service, ou ne mettent pas en cause l'indépendance ou la neutralité du service auquel il appartient, ou ne portent pas atteinte à la dignité des anciennes fonctions exercées par l'agent.

A la différence des situations qui sont mentionnées limitativement à l'article 432-13 du code pénal, les activités incompatibles d'un point de vue statutaire et déontologique ne font pas l'objet d'une liste limitative mais sont appréciées au cas par cas par l'administration, le cas échéant par la commission de déontologie et en cas de litige par le juge administratif. La consultation des rapports annuels de la commission de déontologie, accessibles sur le site www.fonction-publique.gouv.fr, fournit des indications sur la nature et la portée de ces interdictions déontologiques¹.

L'appréciation de la compatibilité de l'activité envisagée avec les précédentes fonctions exercées par l'agent pourra notamment se fonder :

- d'une part, sur les déclarations des administrations et des agents concernés décrivant les responsabilités et les missions du fonctionnaire dans le cadre de ses fonctions,
- d'autre part, sur le contenu précis de l'activité envisagée dans le secteur privé.

3) Portée et conséquences du contrôle

3.1) Portée des avis

La commission émet **son avis dans un délai d'un mois** à compter de l'enregistrement du dossier de saisine par son secrétariat. Ce délai peut être porté à deux mois, notamment en raison de la complexité d'un dossier ou de la nécessité d'en poursuivre l'instruction. La commission en informe alors l'administration, qui en avise l'intéressé.

L'absence d'avis de la commission à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de cette saisine (deux mois le cas échéant) vaut avis favorable.

Les avis d'incompatibilité rendus par la commission de déontologie lient la décision

¹ Prochainement, la jurisprudence de l'année en cours sera également en ligne sur le même site.

de l'administration.

En revanche, les avis de compatibilité laissent à l'administration le choix de la décision finale.

L'administration peut solliciter une seconde délibération de la commission dans la seule hypothèse où celle-ci a rendu un avis d'incompatibilité.

Cette demande doit être formulée dans un délai d'un mois à compter de la notification du premier avis, en informant l'intéressé de cette demande. Le silence de la commission pendant un délai d'un mois à compter de l'enregistrement de cette nouvelle demande vaut confirmation du premier avis rendu.

Il est souhaitable que la décision finale, positive ou négative, de l'autorité dont relève l'agent, intervienne dans un délai raisonnable, à la date la plus proche possible de la notification de l'avis exprès ou tacite de la commission.

Si la notification de la décision administrative n'intervient pas dans le mois suivant la notification de l'avis de la commission, que celui-ci soit exprès ou implicite, cette décision sera réputée conforme à cet avis. Même lorsque l'administration est liée par un avis d'incompatibilité de la commission, il lui appartient de notifier sa décision à l'intéressé.

L'autorité administrative a toujours la possibilité de refuser la demande de l'agent dont le départ serait contraire à l'intérêt du service ou aux règles statutaires, même dans le cas où la commission se serait prononcée dans un sens favorable à la demande, en assortissant ou non son avis de réserves.

3.2) Conséquences du contrôle

a) La durée des interdictions

Les interdictions pénales et statutaires mentionnées à l'article 1^{er} du décret sont prononcées pour une durée de **trois ans à compter de la cessation des fonctions** (II de cet article).

Par exemple, un fonctionnaire qui cesserait les fonctions justifiant l'incompatibilité deux ans avant de quitter définitivement l'administration continuerait d'être soumis à l'interdiction une année suivant sa radiation des cadres.

b) Les sanctions

L'exercice des activités interdites mentionnées aux A et B de l'article 1^{er} du décret est passible de deux types de sanctions administratives :

- les **sanctions disciplinaires** pour les fonctionnaires n'ayant pas rompu tout lien avec l'administration. La gravité de la faute commise peut entraîner l'infliction de toute la gamme des sanctions statutaires, et notamment de sanctions du troisième, voire du quatrième groupe (mise à la retraite d'office ou révocation) ;
- les **retenues sur pension** pour les agents ayant rompu tout lien avec l'administration.

Dans les deux cas, les sanctions administratives sont prononcées après avis du conseil de discipline du corps auquel appartient ou appartenait l'intéressé.

Par ailleurs, en cas d'exercice des activités interdites mentionnées au A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, les agents sont susceptibles de voir en outre leur responsabilité pénale mise en cause devant le juge répressif, au titre de la prise illégale d'intérêts, telle que définie à l'article 432-13 du code pénal. Le juge pénal n'est lié ni par l'avis rendu par la commission ni par la décision de l'administration.

Les procédures administratives et disciplinaires sont indépendantes : les activités interdites par le A du I de l'article 1^{er} du décret sont passibles à la fois des peines prévues à l'article 432-13 du code pénal et des sanctions disciplinaires.

4) Procédure à suivre

4.1) *Obligation d'information préalable à la saisine*

Il appartient à l'autorité administrative de prendre toute mesure utile visant à informer les personnels des procédures entourant le départ d'un agent de l'administration vers le secteur privé, quelle que soit par ailleurs sa situation statutaire.

Il incombe à l'agent d'informer en temps utile l'autorité dont il relève de son projet d'exercer une activité professionnelle privée. Il est souhaitable que cette information intervienne le plus en amont possible afin que les délais d'instruction de sa demande ne retardent pas le projet professionnel de l'intéressé et la date de son départ **qui ne peut intervenir, en tout état de cause, lorsque la commission a été saisie, que postérieurement à l'avis rendu par celle-ci et à la décision administrative prise conséquemment.**

Cette obligation d'information s'impose à tout agent qui envisage d'exercer une activité privée et qui :

- doit être placé en position de disponibilité, de détachement, de position hors cadre, de mise à disposition, d'exclusion temporaire de fonctions ou de congé sans rémunération ;
- ou, déjà placé dans l'une de ces positions, souhaite rester dans cette position (sauf en ce qui concerne la position d'exclusion temporaire de fonctions) ;
- ou quitte la fonction publique, quels qu'en soient les motifs (départ à la retraite, démission, licenciement, révocation, etc.) ;
- ou a quitté la fonction publique depuis moins de trois ans.

La même obligation pèse sur l'agent qui, ayant cessé temporairement ou définitivement ses fonctions depuis moins de trois ans, souhaite changer d'activité privée.

En revanche, la simple poursuite d'une activité privée précédemment exercée n'impose pas d'obligation d'information.

La date de la cessation définitive de fonctions est celle de la date d'effet de l'acte de radiation des cadres pour les fonctionnaires, ou la date d'expiration du contrat qui le lie à l'administration pour l'agent non titulaire.

Vous inviterez l'agent à remplir la déclaration annexée à la présente circulaire (cf. annexe I). Cette déclaration pourra être remplie par l'intéressé en même temps qu'une éventuelle demande de changement de position administrative.

J'appelle votre attention sur la nécessité de **renseigner aussi précisément que possible** cette déclaration, qui fournira les éléments d'informations nécessaires, tant sur les fonctions

exercées par l'agent au sein de la fonction publique que sur l'activité privée envisagée et facilitera ainsi l'instruction du dossier par la commission de déontologie.

4.2) Saisine de la commission de déontologie

a) Pouvoir de saisine

La commission peut être saisie **soit par l'administration soit par l'agent** directement.

S'agissant de l'administration, le pouvoir de saisine appartient à l'autorité dont l'intéressé relève à la date à laquelle il introduit sa demande (ministre, autorité territoriale, directeur d'établissement, etc.).

Lorsque la commission est saisie par l'agent directement, l'administration doit, parallèlement à cette saisine de la commission, procéder à l'instruction de la demande de l'intéressé.

Lorsque la commission n'a pas été saisie par l'agent directement, le décret impose à l'administration de saisir la commission de déontologie :

- lorsqu'il s'agit d'une **saisine obligatoire** ou d'une saisine relative à un **changement d'activité** de l'agent pendant le délai de trois ans qui suivent la cessation de ses fonctions, dans un **délai de quinze jours** à compter de la date à laquelle vos services ont été informés du projet de l'agent ;
- lorsqu'il s'agit d'une **saisine facultative**, dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle l'agent vous a informé de la date à laquelle il envisage de débiter l'activité privée.

L'agent intéressé, à défaut d'avoir saisi directement la commission, doit vous avoir informé de son projet un mois au plus tard avant la date à laquelle il souhaite commencer à exercer son activité privée.

Ce dispositif ne remet pas en cause les procédures statutaires de droit commun et ne dispense pas l'administration de consulter, le cas échéant, l'organisme paritaire consultatif compétent.

c) Transmission du dossier de l'agent à la commission de déontologie

Afin de permettre à la commission de disposer de l'ensemble des éléments nécessaires à l'instruction du dossier, vous devez lui fournir, au moment de la saisine, outre la déclaration de l'agent, toutes informations utiles et précises, en particulier sur la nature des anciennes fonctions de l'agent, le cas échéant en vous rapprochant de l'administration auprès de laquelle l'intéressé aurait éventuellement été détaché ou mis à disposition au cours des trois années précédant son départ, ainsi que sur l'entreprise et sur l'activité que le fonctionnaire se propose d'exercer. Notamment, les sigles utilisés habituellement par l'administration dont relève l'agent seront explicités au moins une fois.

La liste complète des éléments à transmettre figure en annexe à la présente circulaire (annexe II). Deux documents en particulier doivent impérativement faire partie de cette saisine :

- le formulaire d'appréciation par l'autorité du projet de l'agent, au regard des dispositions de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 (annexe III) ;
- une fiche retraçant les différentes étapes de la carrière administrative de l'agent.

II) L'examen des déclarations de création, de reprise ou de poursuite d'activité au sein d'une entreprise

Le rôle de la commission de déontologie dans l'examen des demandes de cumul aux fins de créer, reprendre ou poursuivre une activité au sein d'une entreprise est défini à l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa version issue de la loi n° 20087-148 du 2 février 2007 ainsi qu'au chapitre II du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007.

1) Le cumul pour la création ou la reprise d'une entreprise

1.1) Personnel et activités soumis au contrôle de compatibilité

Sont soumis au contrôle de compatibilité les **fonctionnaires titulaires et stagiaires, les agents non titulaires de droit public et les ouvriers des établissements industriels de l'Etat** qui se proposent de créer ou de reprendre une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, quelle qu'en soit la forme juridique ;

Il est important de souligner que le cumul d'activités à titre accessoire, régi par les dispositions du chapitre Ier du décret du 2 mai 2007, n'est en revanche pas soumis à l'examen de la commission de déontologie.

1.2) Les entreprises concernées

Le statut de cette entreprise ne fait pas l'objet de restrictions : il peut ainsi s'agir d'une entreprise individuelle ou d'une entreprise sous forme sociale (société en nom collectif, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, société à responsabilité limitée...).

La réglementation n'exclut pas la création d'une entreprise sous forme libérale, à condition qu'elle soit compatible avec les règles déontologiques. Cependant, l'exercice de certaines professions à titre libéral ne devra pas être de nature à mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service auquel l'agent appartient.

Il n'existe pas a priori d'incompatibilité, celles-ci étant appréciée au cas par cas par la commission de déontologie. Cependant, une présomption d'incompatibilité peut exister pour certaines professions au le risque déontologique semble particulièrement élevé.

Ainsi en est-il par exemple pour les professions de santé où, en dehors des cas expressément prévus par les textes, le cumul de l'activité publique avec la création ou la reprise d'une entreprise sous forme libérale est de nature porter atteinte au fonctionnement normal du service public s'il est exercé de manière identique dans le même secteur d'activité et dans la

même zone géographique que l'activité publique. La jurisprudence récente de la commission de déontologie indique l'impossibilité d'un tel cas de cumul.

Face à des demandes présentant un risque déontologique particulier, la commission de déontologie peut émettre un avis d'incompatibilité. Elle peut également être conduite à émettre un avis de compatibilité assorti de réserves qui, dans la pratique, peuvent faire obstacle la réalisation du projet personnel de l'agent.

La jurisprudence de la commission, consultable sur le site Internet du ministère de la fonction publique, éclairera utilement les administrations et les agents sur les conditions dans lesquelles la création d'une entreprise sous forme libérale est compatible avec les fonctions administratives exercées simultanément.

1.3) Les aides à la création ou à la reprise d'entreprises

Ces aides, nombreuses, revêtent des formes diverses (aides financières, allègements fiscaux, exonération de charges sociales, conseils, mise à disposition de locaux...). Elles sont mises en place par l'Etat ou les collectivités locales et sont accessibles sous certaines conditions, par exemple, d'âge du bénéficiaire ou de localisation de l'activité. Pour une présentation générale du dispositif français d'aide à la création d'entreprise, les agents intéressés pourront utilement consulter le site internet de l'Agence pour la création d'entreprises.² Les structures de conseil que sont les réseaux d'accompagnement de porteurs de projet seront utilement sollicitées, de même que, localement, les chambres consulaires (chambres de commerce et d'industrie, chambres des métiers...)³.

2) Le cumul pour poursuivre une activité au sein d'une société ou d'une association

2.1) Personnels soumis au contrôle de compatibilité

Il s'agit des **dirigeants de société ou d'association** qui, après avoir été recrutés en qualité de fonctionnaire ou d'agent contractuel, souhaitent continuer à exercer temporairement leurs fonctions au sein de cette société ou de cette association. Cette poursuite d'activité peut avoir pour finalité d'organiser la transmission, dans les meilleures conditions économiques et sociales, d'une entreprise que l'agent public n'a plus vocation à diriger compte tenu de sa nouvelle orientation professionnelle. Elle offre aussi l'occasion à l'agent d'évaluer sereinement son choix entre l'éventuel retour dans le secteur privé et l'entrée définitive dans la fonction publique.

Par « dirigeants » il convient d'entendre notamment les personnes qui exercent en droit ou détiennent le pouvoir de direction dans une société ou une association, c'est-à-dire qui ont la responsabilité du fonctionnement ou de la gestion de cette société ou de cette association.

2.2) Les organismes concernés

La société dont le dirigeant peut conserver la responsabilité dans le cadre d'un cumul au sens de l'article 25-II-2° de la loi du 13 juillet 1983 peut revêtir toutes les formes sociales autorisées par la loi.

² Adresse : www.apce.com, rubrique « Créateur → Je crée mon entreprise → Toutes les étapes → Les aides ».

³ La liste de ces réseaux figure sur le site internet de la direction du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales (www.pme.gouv.fr, rubrique « Réseaux et partenaires »).

Le cumul ne doit être demandé par le dirigeant d'une association que si cette association poursuit un but lucratif et notamment ne satisfait pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts, c'est-à-dire ne présente pas un caractère social ou philanthropique et n'est pas gérée de manière désintéressée.

3) Nature du contrôle

L'article 13 du décret prévoit que la commission contrôle la compatibilité des projets de création et de reprise d'une entreprise, ainsi que des projets de poursuite d'une activité au sein d'une entreprise ou d'une association, au regard de deux catégories de critères.

- D'une part, la commission **vérifie que l'agent ne se place pas en situation de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-12 du code pénal**. Celui-ci punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende « le fait, par toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

L'avis de la commission ne lie pas le juge pénal.

L'exercice des activités interdites par l'article 432-12 du code pénal est passible des peines prévues à ce même article, sans préjudice des sanctions disciplinaires prévues par le statut général, les deux procédures étant indépendantes.

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

Il appartient à la commission, et, en cas de litige, au juge administratif, de porter une appréciation dans le cas d'espèce.

L'appréciation de la compatibilité des activités envisagées avec les fonctions actuellement exercées par l'agent est notamment fondée, d'une part, sur les déclarations des administrations et des agents concernés décrivant les responsabilités et les missions du fonctionnaire dans le cadre de ses fonctions, d'autre part, sur le contenu précis de l'activité envisagée dans le secteur privé.

4) Portée et conséquences du contrôle

La commission rend son **avis dans un délai d'un mois**, étant entendu qu'aucune procédure d'avis tacite n'est prévue par le décret.

Toutefois, dans le cas où la commission estime ne pas disposer de toutes les informations utiles pour donner un avis sur la déclaration, elle invite l'agent, dans un délai maximum de quinze jours à compter de la réception de sa demande, à fournir des éléments complémentaires. Le délai d'examen par la commission est alors porté à deux mois.

Si la commission estime que l'activité de création ou la reprise d'une entreprise d'une part, ou la poursuite d'activité au sein d'une entreprise ou d'une association d'autre part, est incompatible avec l'exercice des fonctions administratives, **cet avis lie l'administration**. Dans ce cas, vous pouvez, par une demande motivée, solliciter une seconde délibération de la commission dans un délai d'un mois à compter de la notification du premier avis, en informant l'intéressé de cette demande.

Si la commission estime que l'activité envisagée par l'agent est compatible avec ses fonctions administratives, celle-ci peut être exercée sauf décision expresse écrite contraire de votre part.

Le fait pour l'agent de continuer à exercer une activité qui aurait été considérée par la commission comme incompatible est passible des sanctions disciplinaires de droit commun. Toute la palette des sanctions statutaires pourra être utilisée à proportion de la gravité de la faute. Celle-ci peut notamment entraîner l'infliction de sanctions du troisième et du quatrième groupe (mise à la retraite d'office ou révocation). Les sanctions administratives sont prononcées après avis du conseil de discipline du corps auquel appartient l'intéressé.

Lorsque l'avis de la commission de déontologie est favorable, l'administration ne peut pas refuser le temps partiel pour des motifs tirés de l'intérêt du service. En effet, le temps partiel est de droit pour l'agent qui crée ou reprend une entreprise (*cf.* article 37*bis* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, article 60*bis* de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et de l'article 46-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986).

5) Procédure à suivre

5.1) Obligation d'information

Il vous appartient d'informer vos agents sur les modalités d'application et de contrôle de ces deux nouvelles possibilités de cumul autorisées par la loi.

C'est à l'agent de vous avertir qu'il souhaite exercer une activité professionnelle privée dans le cadre d'un cumul. Il est dans son intérêt d'aviser son administration de son projet le plus en amont possible pour que la commission puisse statuer dans des délais compatibles avec son projet professionnel.

Vous devez alors l'inviter, s'il ne l'a pas déjà fait, à remplir la déclaration annexée à la présente circulaire (voir annexe IV-1/2). Cette déclaration doit comporter des informations précises sur la forme et l'objet social de l'entreprise, son secteur et sa branche d'activités, ainsi que, le cas échéant, la nature et le montant des subventions publiques dont cette entreprise peut bénéficier.

J'appelle votre attention sur l'importance de cette déclaration, qui doit fournir les éléments d'information nécessaires à l'instruction du dossier par la commission, tant sur les fonctions exercées par l'agent au sein de la fonction publique que sur l'activité privée envisagée.

Les agents qui, après avoir été recrutés dans la fonction publique, souhaitent poursuivre leur activité privée, transmettent cette déclaration à l'autorité compétente dès leur nomination en qualité de stagiaire s'ils sont fonctionnaires, ou préalablement à la signature du contrat s'il s'agit d'agents non titulaires.

5.2) Modalités de saisine de la commission

A la différence de la procédure mise en place pour le contrôle de déontologie, qui autorise la saisine soit par l'agent, soit par l'administration, dans le cadre de cette procédure, **il incombe à l'administration de saisir directement la commission de déontologie.**

Le pouvoir de saisine appartient au ministre « d'emploi » de l'intéressé si l'agent relève de la fonction publique d'Etat ou de la fonction publique hospitalière, à l'autorité territoriale s'il relève de la fonction publique territoriale et au directeur de l'établissement public si l'intéressé est agent d'un établissement public de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement hospitalier. Il peut appartenir, par délégation, au directeur du personnel ou au chef de corps.

Vous devez transmettre la déclaration rédigée par l'agent à la commission de déontologie **dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle vous l'avez reçue, ou bien à compter de la date à laquelle vous êtes informé du projet de l'intéressé** dans le cas de la poursuite d'activité dans une entreprise ou une association.

Vous joindrez à la déclaration de l'agent le formulaire d'appréciation du projet de celui-ci au regard des critères posés par l'article 13 du décret du 2 mai 2007 (voir annexe V-1/2).

5.3) Suites données à l'avis de la commission

Lorsque l'avis de la commission vous a été transmis, vous devez en informer l'intéressé.

En dehors du cas de l'avis d'incompatibilité, il vous appartient de vous prononcer sur la déclaration de cumul d'activités au vu de cet avis et au regard des obligations de service qui s'imposent à l'intéressé, sous réserve de l'hypothèse du temps partiel, accordé de plein droit aux agents qui se proposent de créer ou de reprendre une entreprise.

5.4) Durée du cumul

Cette possibilité de cumul n'est ouverte que **pour une période d'un an, renouvelable une fois**. La demande de renouvellement du cumul n'est pas soumise au contrôle de la commission de déontologie.

Vous pouvez à tout moment mettre fin à ce cumul s'il ne satisfait plus aux critères de compatibilité (non-respect de l'article 432-12, atteinte à la dignité des fonctions exercées, risque de mise en cause du fonctionnement normal, de l'indépendance ou de la neutralité du service, non-respect des obligations de service).

A l'issue de la période autorisée de cumul, l'agent est libre soit de rester dans son administration, soit de se consacrer pleinement à son activité privée. Il peut demander à être mis en disponibilité pour convenances personnelles dans les conditions prévues par les textes réglementaires (cf. article 44-b du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 pour la fonction publique de l'Etat, article 21 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 pour la fonction publique territoriale, article 31 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988 pour la fonction publique hospitalière).

Si l'agent reste dans l'administration, il est alors soumis au régime de droit commun des cumuls.

III) Modalités pratiques

1) Transmission des dossiers à la commission de déontologie

Les dossiers doivent être transmis au **secrétariat de la commission, assuré par la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP)**, avec le concours de la direction générale des collectivités locales (DGCL) et de la direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins (DHOS).

Concrètement, les saisines de la commission ainsi que les demandes d'audience émanant des intéressés, sont adressées au président :

- pour ce qui concerne les agents de la fonction publique de l'Etat, ainsi que pour les demandes présentées au titre de l'application du code de la recherche, à la DGAFP (Bureau du statut général et du dialogue social, 32 rue de Babylone, 75007 Paris) ;
- pour ce qui concerne les agents de la fonction publique territoriale, à la DGCL (sous-direction des élus locaux et de la fonction publique territoriale, 2 place des Saussaies, 75800 Paris Cedex) ;
- pour ce qui concerne les agents de la fonction publique hospitalière, à la DHOS (sous-direction des professions paramédicales et des personnels hospitaliers, 8 avenue de Ségur 75350 Paris 07 SP).

2) Obligation d'information de la commission des suites données à ses avis

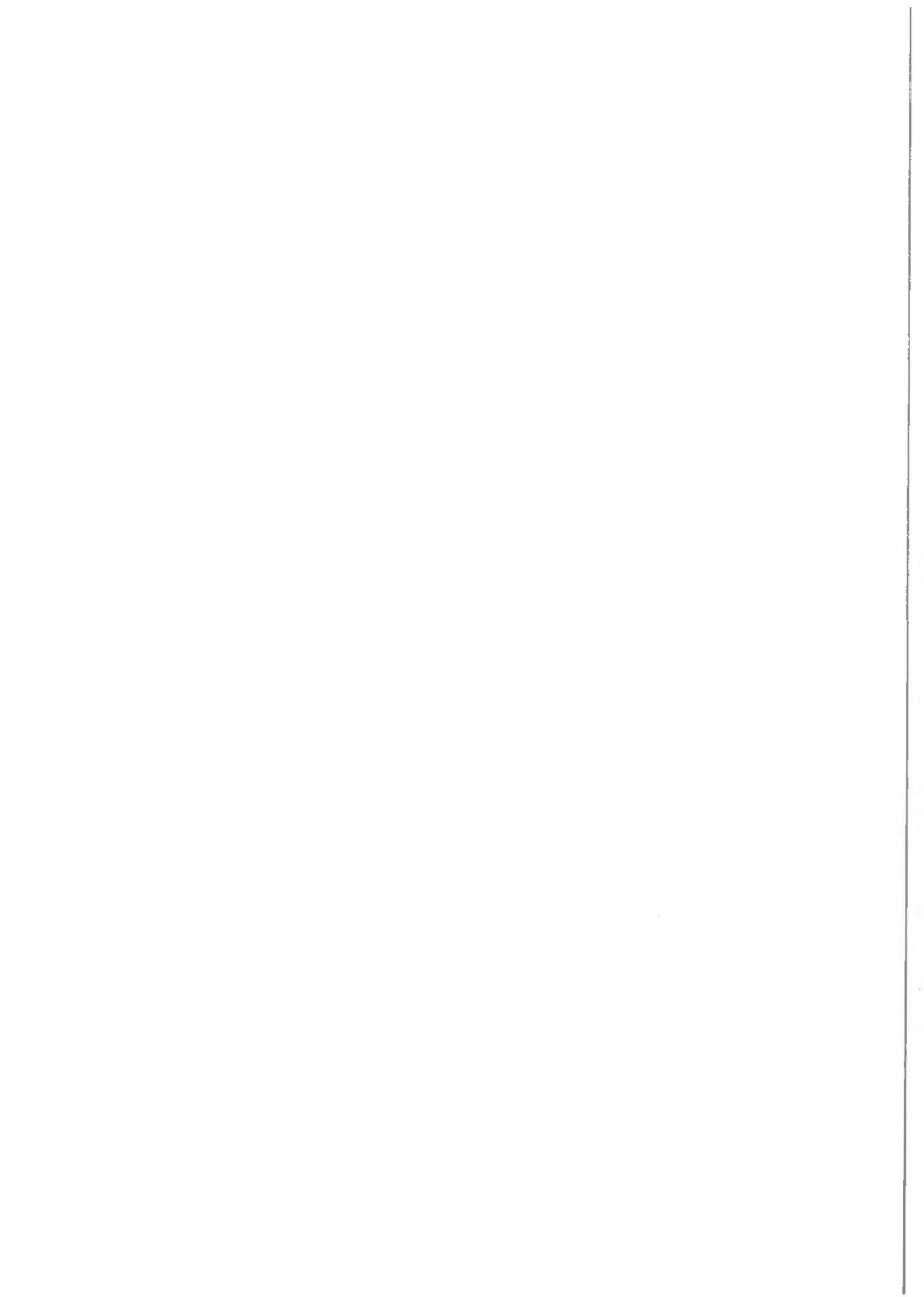
Il appartient à chaque administration d'adresser au secrétariat de la commission de déontologie :

- le bilan annuel des saisines de la commission au titre des demandes de départ vers le secteur privé et de cumul d'activités ;
- les suites qui ont été réservées aux avis de la commission, qu'elles soient positives ou négatives pour les intéressés.

Ce bilan est à transmettre, selon le même mode de répartition que celui décrit au point III-1, à la DGAFP, à la DGCL et à la DHOS.

Cette circulaire annule et remplace la circulaire du 17 février 1995 portant application du décret n° 95-168 du 17 février 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires placés en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions et aux commissions instituées par l'article 4 de la loi n° 94-530 du 28 juin 1994.

Pour le ministre et par délégation :
Le directeur général de l'administration
et de la fonction publique



RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

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

**CIRCULAIRE N° 2157 DU 11 MARS 2008 RELATIVE AU CUMUL D'ACTIVITES ET
PORTANT APPLICATION DE LA LOI N° 83-634 DU 13 JUILLET 1983 PORTANT DROITS ET OBLIGATIONS
DES FONCTIONNAIRES MODIFIEE, NOTAMMENT SON ARTICLE 25, ET DU DECRET N° 2007-648 DU 2
MAI 2007 RELATIF AU CUMUL D'ACTIVITES DES FONCTIONNAIRES, DES AGENTS NON TITULAIRES DE
DROIT PUBLIC ET DES OUVRIERS DES ETABLISSEMENTS INDUSTRIELS DE L'ETAT**

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

à

Mesdames et Messieurs les ministres, directions du personnel/des ressources humaines

Selon un principe constant du droit de la fonction publique, les agents de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et des établissements hospitaliers doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées dans l'administration qui les emploie. De ce fait, les activités que ces agents pourraient exercer en plus des fonctions qu'ils exercent à titre principal obéissent à un strict régime de dérogations. Ce principe vise d'une part à dissuader les agents de négliger leurs obligations de service au bénéfice d'une activité étrangère aux missions du service public et, d'autre part, à éviter que des intérêts extérieurs ne les conduisent à méconnaître l'intérêt général dont ils sont les gardiens.

La réglementation antérieure

Jusqu'à l'entrée en vigueur des textes cités en objet, la réglementation applicable aux agents publics en matière de cumuls découlait de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et du décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions ainsi que des articles L. 324-1 et suivants du code du travail, qui définissaient les dérogations à cette interdiction. La loi posait le principe de l'interdiction de cumul tandis que le décret-loi définissait de manière limitative les dérogations à ce principe d'interdiction.

Parmi les dérogations à l'interdiction de cumul avec une activité privée figurait le cumul pour la production d'oeuvres littéraires, artistiques ou scientifiques, les expertises, consultations ou enseignements donnés par des fonctionnaires dans les domaines relevant de leurs compétences et, pour les seuls personnels enseignants, l'exercice d'une profession libérale. Le même décret-loi prévoyait par ailleurs une dérogation spécifique relative aux cumuls d'emplois publics. Le cumul devait être autorisé par l'autorité dont relève l'agent, avoir une durée limitée et ne pas porter sur plus de deux emplois.

De son côté, l'article L. 324-1 du code du travail interdisait aux agents publics « d'occuper un emploi privé rétribué ou d'effectuer, à titre privé, un travail moyennant rémunération », la violation de cette interdiction étant pénalement sanctionnée.

La complexité de cette réglementation était source de difficultés d'interprétation et d'application, comme l'avait souligné le Conseil d'Etat, dans un rapport adopté par son Assemblée générale le 27 mai 1999.

La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique abroge le décret-loi du 29 octobre 1936, de même que l'article L. 324-1 du code du travail, et réforme profondément dans son chapitre IV (articles 20 à 25) le régime du cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, en modifiant notamment l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 ci-dessus mentionnée.

Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur au moment de la publication du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat (*Journal officiel* du 3 mai 2007).

L'esprit de la réforme

La loi de modernisation de la fonction publique et son décret d'application ont modernisé la réglementation en vigueur pour atteindre les trois objectifs suivants :

1) Assouplir le régime de cumul pour tenir compte des évolutions économiques et sociales

- Certes, le principe de non-cumul est rappelé par l'article 25-I de la loi du 13 juillet 1983, selon lequel les agents publics « consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées » et « ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ».

- Toutefois, les dérogations à ce principe (article 25-I, II et IV) - cumul avec une activité accessoire, cumul pour la création, la reprise ou la poursuite d'activité dans une entreprise, cumul d'activités des agents à temps non complet ou incomplet - sont plus nombreuses et plus clairement précisées par le décret du 2 mai 2007.

- Les libertés essentielles des fonctionnaires - libre gestion du patrimoine personnel et familial, libre création des œuvres de l'esprit, liberté d'exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions - sont rappelées dans la loi (article 25-III) et restent inchangées.

2) Clarifier le droit applicable

- La procédure d'autorisation de cumul accessoire est modernisée et expressément décrite dans le texte réglementaire.

- Les cas de cumuls autorisés sont précisément énumérés par le même texte, et la formulation en est simplifiée.

3) Promouvoir un principe de confiance et de responsabilisation

La demande d'autorisation de cumul constitue la base d'un accord entre l'agent et l'administration, fondé sur la confiance et la responsabilisation tant des agents qui demandent

l'autorisation de cumuler que des gestionnaires de proximité qui l'accordent en toute connaissance de cause.

Ce que change la réglementation

Sur le fond, les principaux changements peuvent être résumés en cinq points :

1) L'ouverture de nouveaux cas de cumul

Les dérogations au principe de non-cumul pour le cumul avec une activité accessoire à caractère privé sont étendues (ex. activité agricole, conjoint collaborateur...). Le cumul avec une activité accessoire à caractère public n'est plus limité à deux activités. Le plafonnement des rémunérations et le compte de cumul sont supprimés.

A côté du cumul d'activités à titre accessoire, qui était déjà autorisé, de nouvelles hypothèses de cumul sont ouvertes : le cumul pour création d'entreprise, et le cumul pour poursuite d'activités au sein d'une entreprise ou d'une association, avec un contrôle préalable de la commission de déontologie.

2) Une définition large du champ des agents auxquels s'applique le régime de cumul

Le nouveau régime de cumul s'applique à l'ensemble des agents publics (fonctionnaires, agents non titulaires de droit public et ouvriers des établissements industriels de l'Etat) quel que soit leur lieu d'affectation et la fonction publique dont ils relèvent.

Ce régime ne s'applique pas aux militaires, aux magistrats et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires.

Ce régime ne s'applique pas non plus aux agents en position de congé parental. En effet, la notion d'activité disparaît du fait de l'objet même du congé parental qui est d'élever son enfant. Si les règles relatives au cumul ne s'appliquent pas dans ce cadre, l'exercice d'une activité lucrative pourra être cependant jugé incompatible avec le congé. Il pourra s'agir soit d'un motif de refus du congé, soit, si le congé a été accordé et que l'agent s'engage dans une activité privée qui détourne le congé de son objet, d'un motif de fin anticipée du congé prononcée par l'administration. Seule une activité lucrative qui serait en lien avec le congé parental et ne porterait pas atteinte à l'objet même de ce congé (par exemple une activité d'assistante maternelle) pourrait être tolérée.

3) La simplification du droit existant pour certains cas de cumul

Les expertises et consultations peuvent être expressément réalisées auprès d'une entreprise ou d'un organisme privés. Les enseignements et formations peuvent être dispensés sans qu'ils présentent nécessairement un lien avec les compétences mises en œuvre au titre de l'activité principale, comme cela était imposé sous l'empire de la réglementation antérieure.

4) La reprise du droit existant en matière de cumul d'activités des agents employés à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure au mi-temps et l'extension de ce régime de cumul aux agents à mi-temps

La présente circulaire, après avoir présenté le dispositif général (I), décrit les régimes de cumul applicables aux agents exerçant leurs fonctions à temps complet ou à temps partiel (II). Elle

évoque ensuite les modalités du cumul d'activités au titre de la création, de la reprise ou de la poursuite d'activités au sein d'une entreprise, qui sont précisées par la circulaire du 31 octobre 2007 portant application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, et relative au contrôle de la commission de déontologie (III). Elle explicite le régime de cumul applicable aux agents à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet (IV). Elle précise enfin les conséquences de ces nouvelles dispositions en matière de gestion du personnel (V).

I) LE DISPOSITIF GENERAL : L'ENCADREMENT DES POSSIBILITES DE CUMUL

A) L'interdiction de principe

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 rappelle le principe suivant lequel les fonctionnaires doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ce principe ne connaît d'exceptions que lorsqu'elles sont expressément prévues par un texte législatif ou réglementaire transversal, tel le décret du 2 mai 2007 ci-dessus mentionné, ou spécifiques à certains corps ou cadres d'emplois de fonctionnaires.

Ce principe est assorti de plusieurs interdictions, énumérées au même article.

Ainsi interdiction est faite aux agents publics de :

- participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations qui ne satisfont pas aux conditions fixées à l'article 261-7-1°-b du code général des impôts.

Les conditions, cumulatives, fixées par l'article 261-7-1°-b du code général des impôts sont les suivantes :

- l'organisme est géré et administré, en principe à titre bénévole, par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation ;
- l'organisme ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices, sous quelque forme que ce soit ;
- les membres de l'organisme et leurs ayant-droits ne peuvent pas être déclarés attributaires d'une part quelconque de l'actif, sous réserve du droit de reprise des apports.

Serait notamment considéré comme participant à de tels organes de direction un agent public qui soit aurait la qualité de gérant, même associé (société de personnes, société anonyme à responsabilité limitée), soit serait membre d'un organe collégial de direction (de premier degré, comme le conseil d'administration ou le conseil de surveillance dans une société anonyme, ou de second degré, comme le directoire, désigné par les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance).

Dans la mesure où elle est expressément prévue par un texte, la participation de fonctionnaires ès qualités et sans contrepartie financière à l'organe de direction d'un organisme à caractère public ou à caractère privé reconnu d'utilité publique ne constitue pas une activité accessoire. En effet,

cette participation est le prolongement ou l'un des aspects de la mission confiée aux agents intéressés ;

- donner des consultations, procéder à des expertises ou plaider en justice contre l'administration dans le cadre de litiges ;

- prendre, par eux-mêmes ou par personnes interposées, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance au sein d'une entreprise avec laquelle ils peuvent avoir des relations dans le cadre de leurs fonctions.

B) Les exceptions au principe

1) *Les libertés essentielles rappelées par la loi*

Il s'agit de :

- la libre détention de parts sociales, et la libre gestion du patrimoine personnel et familial, cette liberté ayant pour limite l'acquisition de la qualité de dirigeant, de gérant ou de commerçant : un agent public peut détenir des parts sociales d'une entreprise et percevoir les bénéfices qui s'y attachent à condition de n'être qu'actionnaire de l'entreprise et de ne pas assurer de rôle dirigeant ; il peut également faire fructifier son patrimoine personnel, par exemple en louant un bien qu'il possède, sans que cette activité puisse le conduire à faire commerce de son bien dans un cadre professionnel. Cette interdiction d'avoir la qualité de gérant s'applique également aux sociétés civiles immobilières constituées pour gérer un patrimoine immobilier.

- la libre production des œuvres de l'esprit. La loi fait référence, pour définir ces œuvres, aux articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle. L'article L. 112-2 en particulier énumère les productions « notamment » considérées comme des œuvres de l'esprit¹.

- la possibilité, pour les personnels enseignants et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique, d'exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions est préservée.

Les professionnels libéraux ont le droit d'exercer selon les formes d'exercice autorisées pour chacune des professions concernées, étant rappelée l'interdiction visée au 1 du I de l'article 25 de la loi de 1983.

Même si la loi ne fait pas expressément obligation aux intéressés de solliciter, avant d'exercer une profession libérale, l'autorisation de l'administration dont ils relèvent, une information préalable de celle-ci est fortement recommandée. Elle permettra notamment à l'administration de s'assurer de l'existence d'un lien réel entre la profession libérale et la nature des fonctions des

¹ Livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; œuvres chorégraphiques, numéros et tours de cirque, pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ; compositions musicales avec ou sans paroles, œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ; œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; œuvres graphiques et typographiques ; œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ; œuvres des arts appliqués ; illustrations, cartes géographiques ; plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure.

² Activités autorisées : voir en dernière page de ce formulaire.

agents concernés et de veiller au respect des règles déontologiques qui s'imposent aux fonctionnaires.

2) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de la réglementation transversale issue du décret du 2 mai 2007

Issues du décret du 2 mai 2007, ces exceptions font chacune l'objet d'un chapitre du décret :

- le cumul d'activités à titre accessoire, assorti d'une procédure de demande d'autorisation : ce régime de cumul s'applique aux agents à temps complet ou à temps partiel et non aux agents à temps non complet ou incomplet employés pour une durée inférieure ou égale au mi-temps (chapitre Ier) ;

- le cumul d'activités au titre de la création, de la reprise ou de la poursuite d'activités au sein d'une entreprise (chapitre II) ;

- le cumul d'activités applicable à certains agents à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet, sur la base d'un régime déclaratif (chapitre III).

3) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de dispositions particulières

a) Dispositions législatives

L'article 23 de la loi du 2 février 2007 maintient en vigueur les dispositions législatives qui ont édicté, en matière de cumul, des règles spéciales à certaines catégories de fonctionnaires.

Il en va ainsi notamment des architectes fonctionnaires ou salariés de l'Etat et des collectivités publiques (article 14 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture), des architectes des Bâtiments de France (dérogation pour exercer une activité libérale ouverte jusqu'au 31 décembre 2007, en vertu de l'article 38 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains), ou bien des praticiens hospitaliers (articles L. 6154-1 à L. 6154-7 du code de la santé publique). La liste énumérée à l'article 23 de la loi de modernisation de la fonction publique n'est pas limitative. Ces réglementations particulières continuent de s'appliquer de manière autonome.

b) Dispositions réglementaires particulières

L'article 10 du décret du 2 mai 2007 prévoit la possibilité de définir, par la voie réglementaire adéquate (décret autonome ou décret portant statut particulier d'un corps de fonctionnaire), des règles plus restrictives que le dispositif général en matière de cumul, afin de tenir compte des différences de nature ou de condition d'exercice de certaines fonctions ou des missions particulières confiées à des fonctionnaires par les statuts particuliers de leur corps ou cadre d'emploi.

Pour assurer la cohérence et le suivi de l'évolution de la réglementation en vigueur, les administrations intéressées sont invitées à se rapprocher des services de la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) lors de l'élaboration de ces réglementations spéciales.

II) LE CUMUL D'ACTIVITES A TITRE ACCESSOIRE DES AGENTS A TEMPS COMPLET OU A TEMPS PARTIEL

A) Le public visé

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 fait expressément entrer dans le champ de la réglementation relative au cumul d'activités « les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public » (article 25-I) ainsi que les « ouvriers régis par le régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat » (article 25-III).

Sont ainsi soumis à la législation et à la réglementation sur le cumul d'activités, à l'intérieur des trois fonctions publiques, les catégories d'agents suivants :

- les **fonctionnaires**, y compris les fonctionnaires stagiaires : les fonctionnaires sont les agents publics nommés dans un emploi permanent, et qui sont soit stagiaires, soit titularisés dans un grade d'une hiérarchie des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements hospitaliers. Seuls les fonctionnaires en service dans une administration sont concernés par le régime de cumul prévu par le décret du 2 mai 2007 ;

- les **agents non titulaires de droit public** : sont notamment concernés les contractuels qui entrent dans le champ d'application des décrets n° 86-83 du 17 janvier 1986 modifié (agents non titulaires de l'Etat), n° 88-145 du 15 février 1988 modifié (agents non titulaires de la fonction publique territoriale) et n° 91-155 du 6 février 1991 modifié (agents contractuels des établissements hospitaliers) ainsi que ceux à qui ces dispositions ont été rendues expressément applicables (par ex. les agents affectés dans des groupements d'intérêt public ou des autorités publiques indépendantes). Sont également compris dans cet ensemble les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales (décret n° 87-1004 du 16 décembre 1987 modifié). En revanche, sont exclus des dispositions du décret du 2 mai 2007 les agents en service à l'étranger ainsi que les agents engagés pour exécuter un acte déterminé (vacataires) ;

- les **ouvriers des établissements industriels de l'Etat** qui relèvent du décret n° 2004-1056 du 5 octobre 2004 relatif au régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat : ce sont des agents publics non fonctionnaires, en poste principalement au sein des ministères chargés de la défense et de l'équipement.

Le régime de cumul s'applique aux fonctionnaires, aux agents non titulaires de droit public et aux ouvriers des établissements industriels de l'Etat quel que soit leur lieu d'affectation et qu'ils exercent leurs fonctions à temps complet ou à temps partiel. En effet, la loi a supprimé les restrictions aux possibilités de cumul qui s'imposaient auparavant aux agents à temps partiel. Par conséquent, les dispositions des articles 7 et 13 de l'ordonnance n° 82-296 du 31 mars 1982 relative à l'exercice de fonctions à temps partiel par les fonctionnaires et les agents des collectivités locales et de leurs établissements publics à caractère administratif, qui reprenaient les restrictions aujourd'hui abrogées dans les lois statutaires, ne trouvent plus à s'appliquer.

Il convient d'ajouter à ces trois catégories principales celle des agents exerçant leurs fonctions à temps non complet ou à temps incomplet pour une durée inférieure ou égale au mi-temps (cf. III).

B) Le champ d'application

L'article 1er du décret introduit d'une manière générale la possibilité offerte aux agents publics à temps plein ou à temps partiel de cumuler des activités accessoires à leur activité principale, à condition d'y être autorisés et de ne pas porter atteinte, en exerçant ces activités, au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service.

Par activité principale, il convient d'entendre l'activité statutaire du fonctionnaire ou l'activité qui justifie le recrutement d'un agent non titulaire, telle que définie dans son contrat. C'est l'activité exercée dans le cadre professionnel habituel qui est qualifiée de « principale » et ce indépendamment de la quotité de temps de travail. *A contrario*, l'activité est réputée « accessoire » dès lors qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un cumul et qu'elle ne constitue pas une modalité d'exercice de l'activité principale de l'agent, inhérente à sa fonction et exercée dans le cadre de son service.

La réglementation de l'activité accessoire traduit l'objectif d'une plus grande souplesse dans le cumul d'activités accessoires à condition que celui-ci ne porte pas atteinte à l'activité pour laquelle un agent public a été recruté et est employé au sein d'une administration. Le cumul d'activités doit ainsi s'apprécier au regard des intérêts du service public et des règles déontologiques qui s'imposent aux agents publics.

En effet, l'exercice d'une activité accessoire pourrait avoir pour effet, d'une part, de réduire l'attention portée par l'agent à ses fonctions administratives principales, d'autre part, d'exposer cet agent à des tentations et confusions d'intérêts, en particulier dans le cas où l'activité accessoire revêt un caractère privé.

Il pourrait ainsi être porté atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service si l'agent contribuait, de quelque manière que ce soit, à placer l'organisme à caractère privé auprès duquel il exerce son activité accessoire dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

L'autorisation donnée par l'administration à partir d'une demande écrite et détaillée permet une mesure réaliste du temps consacré à ou aux activité(s) accessoire(s). Cette procédure protège également l'agent d'éventuelles poursuites disciplinaires, voire pénales (voir *infra* sur le respect de l'article 432-12 du code pénal).

Le cumul avec des activités accessoires ne pourra intervenir dans le temps pendant lequel les agents sont à la disposition de leur employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, sauf autorisation donnée par le chef de service.

1) Le caractère accessoire

Le caractère accessoire de l'activité doit être apprécié au cas par cas, en tenant compte de trois éléments :

a) *l'activité envisagée* : pour caractériser l'activité, la technique du « faisceau d'indices » peut utilement être appliquée à partir des informations obligatoirement mentionnées par l'agent dans sa demande écrite d'autorisation. Ces informations, précisées à l'article 5 du décret du 2 mai 2007, portent au minimum sur l'identité de l'employeur, la nature, la durée, la périodicité et les

conditions de rémunération de l'activité. Elles serviront à l'employeur de critères pour déterminer si l'activité paraît accessoire au regard de l'activité professionnelle principale de l'agent ;

b) les conditions d'emploi de l'agent : cette appréciation est à rapporter aux modalités d'emploi de l'agent : une même activité peut présenter un caractère accessoire pour un agent à mi-temps alors qu'il pourra en être apprécié autrement pour un agent à temps plein ;

c) les contraintes et sujétions particulières afférentes au service dans lequel l'agent est employé, au regard notamment de l'impact de cette activité sur le service et la manière de servir de l'agent.

2) Les activités susceptibles d'être autorisées au titre du cumul accessoire

L'article 2 du décret du 2 mai 2007 établit une liste limitative des activités privées qui peuvent faire l'objet d'un cumul :

a) Les expertises ou consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privés sous réserve des dispositions du 2° du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983

Ces expertises ou consultations ne sont pas limitées au seul domaine de compétence professionnel de l'agent ou à la nature des missions que celui-ci exerce actuellement dans l'administration. De portée très vaste, ce cas de cumul accessoire doit cependant tenir compte des règles déontologiques qui s'imposent aux agents publics. En particulier, un agent ne saurait pratiquer des consultations et expertises qui seraient contraires aux intérêts de toute personne publique, et pas seulement de la personne publique qui l'emploie.

Pour ce type de cumul, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

Même si le décret ne l'indique pas expressément, la possibilité demeure pour tout agent public d'effectuer des expertises ou consultations au profit d'une autorité administrative ou judiciaire.

b) Les enseignements ou formations

Tout agent public qui y est autorisé peut désormais dispenser, à titre accessoire, un enseignement ou une formation dans une matière ou un domaine qui ne présenterait pas nécessairement un lien avec son activité principale.

Les administrations sont invitées à demander aux agents sollicitant une autorisation les informations les plus précises possibles sur l'objet exact de l'enseignement ou de la formation dont il s'agit, ainsi que sur l'organisme au sein duquel s'exercera, le cas échéant, cette activité accessoire.

Ces précisions auront notamment pour effet d'éclairer l'administration quant au respect des obligations déontologiques qui s'imposent aux agents. Elle vérifiera ainsi que l'activité exercée au titre du cumul ne porte pas atteinte à la dignité du service public.

Pour éclairer cette notion, les administrations pourront se référer à la jurisprudence de la commission de déontologie qui fournit des exemples d'activités manifestement incompatibles

avec le service. De manière générale, tout enseignement ou formation de nature à mettre en cause la dignité des fonctions d'un agent ne saurait être autorisée dans ce cadre.

c) Activité agricole

Deux types d'activités agricoles sont autorisés :

c-1: l'activité agricole au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural dans des exploitations agricoles non constituées sous forme sociale

Aux termes de l'article L. 311-1 du code rural, « sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Les activités de cultures marines sont réputées agricoles, nonobstant le statut social dont relèvent ceux qui les pratiquent. Il en est de même des activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation, à l'exclusion des activités de spectacle ».

Toutes les activités agricoles se rattachant à cette définition peuvent être autorisées, pour autant qu'elles revêtent un caractère accessoire et ne s'exercent pas dans un cadre commercial. Il peut s'agir, à titre d'exemple, d'un agent public qui possède un patrimoine agricole de dimension modeste (cultures de petite taille, cultures vivrières...) et qui souhaiterait entretenir ce patrimoine au moyen de la vente des produits qu'il en retire, ou bien profiter de ses loisirs pour se constituer des ressources financières accessoires, sans que cette activité le conduise à créer une société civile ou commerciale.

c-2 : l'activité agricole exercée dans des exploitations constituées sous forme de société civile ou commerciale, sous réserve que l'agent public ne participe pas aux organes de direction d'une telle société, sauf lorsqu'il s'agit de la gestion de son patrimoine personnel et familial.

Cette liberté de gestion, rappelée par la loi (voir I-B-1 page 5), vise notamment à protéger la transmission des biens familiaux, dans le cas par exemple où un agent public se retrouve le conjoint survivant d'un exploitant agricole, ou bien l'héritier d'une exploitation de ce type.

Dans tous les autres cas, la création d'une société civile ou commerciale pour exercer une activité agricole n'est autorisée, pour une période limitée, que dans les conditions prévues par le chapitre II du décret du 2 mai 2007.

d) Travaux d'extrême urgence dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir des accidents imminents ou organiser des mesures de sauvetage

Cette dérogation reprend une disposition de l'article L. 8261-3 du code du travail et vise les cas où la formalité de la demande d'autorisation est impossible à accomplir.

e) Travaux ménagers de peu d'importance réalisés chez des particuliers

Cette dérogation est également à rapprocher d'une disposition de l'article L. 8261-3 du code du travail. De tels travaux peuvent être rémunérés au moyen du chèque emploi service universel (cf. articles L. 129-5 et suivants du code du travail).

Il peut s'agir soit d'activités effectuées exclusivement à domicile (entretien de la maison, petits travaux de jardinage, garde d'enfants, gardiennage et surveillance temporaire, soins et promenades d'animaux domestiques *etc.*), soit d'activités partiellement réalisées en dehors du domicile, si la prestation fait partie d'une offre de service à domicile (livraison de repas à domicile, collecte et livraison à domicile de linge repassé, livraison de courses à domicile, *etc.*).

f) Aide à domicile à un ascendant, à un descendant, à son conjoint, à son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou à son concubin, permettant à l'agent de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide

Cette disposition ouvre expressément à l'agent public le droit, en échange de l'aide qu'il apporte à un proche, de percevoir les allocations correspondantes, lorsqu'il en existe (ex. allocation personnalisée d'autonomie).

g) Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale ou commerciale mentionnée à l'article R. 121-1 du code de commerce et, s'agissant des artisans, à l'article 14 du décret n° 98-247 du 2 avril 1998

L'article R. 121-1 du code de commerce définit le conjoint collaborateur comme « le conjoint du chef d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du code civil ». Dans la mesure où une activité professionnelle régulière peut revêtir un caractère accessoire, ce cas de cumul peut faire l'objet d'une autorisation.

Le choix du statut de conjoint collaborateur n'est pas remis en question par le départ à la retraite de l'agent public.

Le cumul accessoire peut prendre des formes juridiques différentes et n'en exclut *a priori* aucune : contrat de travail, vacation, intervenant à titre libéral, *etc.*

3) Le cumul d'une activité publique principale et d'une activité d'intérêt général accessoire

L'article 3 du décret du 2 mai 2007 prévoit deux cas de cumul avec une activité d'intérêt général lucrative ou non lucrative :

a) Le cumul avec une activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif

a-1) L'intérêt général est une notion dont la plasticité est inhérente à l'évolution des besoins sociaux à satisfaire et des nouveaux enjeux auxquels est confrontée la société.

Tout service public est chargé d'une mission d'intérêt général. *A contrario*, une activité d'intérêt général n'est pas forcément un service public. Le caractère d'intérêt général peut être apprécié au regard notamment :

- de la satisfaction d'un besoin collectif ;
- de la finalité de l'activité ou de l'objet de l'organisme qui en assure l'exercice, en lien avec les grandes fonctions de la puissance publique : finalité d'ordre ou de régulation ; finalité sanitaire, de protection et de cohésion sociale ; finalité éducative, culturelle ou sportive ; protection de l'environnement, etc.
- de la nature du lien existant avec la personne publique s'agissant d'une activité exercée auprès d'une personne privée à but non lucratif (procédure d'agrément) ;
- de l'applicabilité des règles de droit public à tout ou partie de cette activité ;
- du financement pour tout ou partie de l'activité par des fonds publics, etc.

La notion d'activité doit être entendue comme une action limitée dans le temps, qui peut être occasionnelle ou régulière : mission, vacation, expertise, conseil, formation, etc. S'agissant de l'activité assurée auprès d'une personne publique, en particulier, il ne peut s'agir de pourvoir un emploi vacant, y compris lorsqu'il s'agit d'un emploi à temps incomplet ou non complet et ce, quelque soit la quotité de travail de celui-ci.

a-2) Un agent peut cumuler une activité accessoire avec son activité principale non seulement auprès d'une personne publique, mais également auprès d'une personne privée à but non lucratif. Il peut s'agir, dans ce dernier cas, d'une association ou d'une fondation reconnue d'utilité publique, ou bien d'une association contribuant au service public, lié à elle en raison d'un acte unilatéral ou contractuel.

Les critères d'appréciation de la non-lucrativité - caractère intéressé ou non de la gestion, situation de l'organisme au regard de la concurrence, examen des conditions d'exercice de l'activité - s'apprécient au regard des dispositions fiscales (*Bulletin officiel des impôts* 4 H-5-06 du 18/12/2006).

b) Le cumul avec une mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger, pour une durée limitée

Comme le souligne le Conseil d'Etat dans un rapport relatif à la mobilisation de l'expertise publique sur les actions de coopération institutionnelle internationale (juillet 2003), de telles actions sont de plus en plus souvent accomplies par des agents publics à titre d'activité accessoire, parfois rémunérée, sans que ce type de mission relève explicitement d'un cas de cumul prévu par les textes en vigueur avant la publication du décret du 2 mai 2007.

Désormais, ce cas de cumul est prévu par le décret, au sens le plus large, c'est-à-dire en incluant les missions d'une durée limitée auprès d'un Etat étranger.

4) La liberté d'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif

L'exercice d'une activité bénévole relève de la vie privée des agents publics. A ce titre, elle n'est soumise à aucune demande d'autorisation préalable, à la condition de respecter les interdictions mentionnées à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (voir I-A : L'interdiction de principe).

Ainsi, même s'il s'agit d'une activité à but non lucratif, un agent public n'a pas le droit :

- de participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations, sauf en ce qui concerne les organismes sans but lucratif dont la gestion est désintéressée et qui présentent un caractère social ou philanthropique ;
- de donner des consultations, procéder à des expertises ou plaider en justice contre l'administration ;
- de prendre, directement ou par personnes interposées, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance au sein d'une entreprise avec laquelle ils peuvent avoir des relations dans le cadre de leurs fonctions.

Ne constitue pas non plus une activité bénévole la conclusion d'un contrat de volontariat associatif avec une association ou une fondation reconnue d'utilité publique, prévue dans la loi n° 2006-586 du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif. En effet, outre l'incompatibilité du contrat de volontariat associatif avec « toute activité rémunérée à l'exception de la production d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques ainsi que des activités accessoires d'enseignement » (article 3 de la loi), la personne qui souscrit à un tel contrat n'a pas la qualité de bénévole (l'article 9 de la loi prévoit le versement d'une indemnité).

5) Le contrat vendanges

Ce contrat, prévu par les articles L. 122-3-18 à L. 122-3-20 du code du travail, a pour objet la réalisation des travaux de vendanges, des préparatifs de la vendange à la réalisation de celle-ci, travaux de rangement inclus. D'une durée maximale d'un mois, il a été expressément ouvert aux agents publics par la loi du 2 février 2007, qui a modifié le code du travail en ce sens (cf. article L. 122-3-20).

Dans le tableau ci-dessous figurent quelques exemples-types d'activités accessoires susceptibles ou non d'être autorisées.

1) Activités accessoires susceptibles d'être autorisées

Exemple 1 : un agent à temps plein dispense deux heures de formation par semaine dans un organisme public ou privé.

Exemple 2 : un agent à temps partiel (70 %) consacre une journée par semaine à effectuer des travaux de jardinage chez des particuliers.

Exemple 3 : un agent à temps plein aide à domicile à un parent le lundi et le vendredi à partir de 18 heures 30.

Exemple 4 : un agent à temps partiel (80%) qui exerce une activité de documentaliste dans une direction départementale de l'agriculture est employé le vendredi par l'office du tourisme de sa commune de résidence.

Exemple 5 : un agent à temps plein d'une commune exerce pendant trois mois une mission de coordination au sein d'un établissement public de coopération intercommunale qui vient d'être créé.

2) Activités accessoires non susceptibles d'être autorisées

Exemple 1 : un agent public à temps plein ne peut solliciter un cumul pour exercer une activité accessoire comme vendeur de biens (contrairement à la prestation de services qui est susceptible d'être autorisée sous la forme d'expertises ou de consultations).

Exemple 2 : la création d'entreprise n'est pas une activité accessoire ; le cumul à ce titre n'est possible que dans le cadre des dispositions du chapitre II du décret du 2 mai 2007.

Exemple 3 : une activité d'enseignement qui occuperait un agent public à temps plein pendant l'équivalent de trois journées par semaine n'a pas un caractère accessoire.

Exemple 4 : un agent public ne peut pas tenir le secrétariat ou la comptabilité de l'entreprise de son conjoint s'il n'a pas le statut de conjoint collaborateur.

Exemple 5 : un agent public ne peut donner des expertises ou des consultations auprès d'un organisme qui se trouverait en concurrence avec l'administration sur le même champ d'activités (ex. bureau d'études techniques en aménagement urbain qui se situerait dans le ressort de la direction départementale de l'équipement où travaille l'agent).

Exemple 6 : nonobstant l'existence de règles déontologiques propres, un inspecteur du permis de conduire ne peut dispenser une formation dans une auto-école qui préparerait des candidats devant passer l'examen devant cet inspecteur.

C) Le régime d'autorisation

Décrit aux articles 4 à 8 du décret du 2 mai 2007, le régime d'autorisation s'impose dans tous les cas, que le cumul de l'activité principale s'opère avec une activité accessoire à caractère privé ou à caractère public, hormis les cas où cette activité s'effectue à titre bénévole (cf. II-B-3-d).

1) *Obligation d'information*

Il appartient aux administrations de sensibiliser les personnels quant aux possibilités nouvelles de cumul prévues par le décret, et à la nécessité d'être préalablement autorisés pour en bénéficier. La faculté dont dispose l'administration de s'opposer à tout moment à la poursuite d'une activité autorisée antérieurement doit aussi être soulignée, en expliquant ce qui motiverait ce changement.

2) *Demande d'autorisation de cumul*

L'agent qui envisage de cumuler une ou des activité(s) accessoire(s) à son activité principale doit au préalable demander l'autorisation de pratiquer ce cumul à l'autorité hiérarchique appropriée selon les règles de gestion de personnel en vigueur au sein de l'administration dont il relève pour l'exercice de ses fonctions. Les agents concernés doivent accomplir toute diligence pour formuler cette demande dans des délais raisonnables avant le début de l'activité envisagée.

La demande d'autorisation préalable est écrite et l'autorité compétente doit en accuser réception dans la même forme. Cette demande comprend, au minimum, des informations sur :

- la nature de l'employeur ou de l'organisme pour le compte duquel s'exercera l'activité accessoire ;

L'employeur est une personne physique, personne morale, de droit public ou de droit privé, nationale ou étrangère.

- la nature, la durée, la périodicité et les conditions de rémunération de cette activité.

Le demandeur précise la nature et les conditions dans lesquelles il exercera cette activité, le domaine d'activité dans lequel elle intervient et le lien éventuel avec son activité principale (cette dernière mention permettra au responsable hiérarchique d'apprécier la compatibilité du cumul avec les obligations déontologiques qui s'imposent aux fonctionnaires).

Il doit indiquer la durée totale de l'activité et si elle est fractionnée, le nombre de jours, de mois ou d'heures par semaine.

Il est souhaitable que soit précisé le montant de la rémunération totale ou rapportée au nombre d'heures passées dans le cadre de l'activité cumulée.

Au-delà de ce minimum, l'agent fournit toutes les informations complémentaires de nature à vous éclairer avant la délivrance de l'autorisation, de sa propre initiative ou si vous l'estimez nécessaire. Dans ce dernier cas, l'administration dispose d'un délai de quinze jours, à compter de la réception de la demande de l'agent, pour inviter l'intéressé à fournir ces informations complémentaires.

Dans le cas d'un détachement ou d'une mise à disposition, l'autorité hiérarchique est celle de l'administration d'emploi.

L'autorisation peut être partielle et n'accorder qu'une partie du cumul sollicité (limite dans la durée ou limites posées en cas de difficultés sur le plan déontologique).

Pour des raisons évidentes, le régime d'autorisation préalable peut s'avérer très contraignant dans le cadre de l'exécution de travaux d'extrême urgence (cf. article 2-4° du décret du 2 mai 2007). Une demande d'autorisation orale pourra néanmoins être formulée, et l'autorisation pourra être donnée dans les mêmes formes sous réserve d'une régularisation postérieure.

3) Renouvellement de l'autorisation

Une nouvelle demande d'autorisation doit être présentée par l'agent en cas de changement substantiel touchant les conditions d'exercice ou de rémunération de l'activité accessoire : en effet, un tel changement est assimilé à l'exercice d'une nouvelle activité, justifiant une demande d'autorisation distincte de la précédente.

Un changement substantiel vise une modification importante des conditions d'exercice de l'activité cumulée, en tenant compte des critères évoqués en II-B-1 (nature de l'employeur, nature de l'activité, durée, périodicité et conditions de rémunération). La reconduction d'une activité (par renouvellement d'un contrat par ex.) qui présentait un caractère ponctuel lors de la demande peut être considérée comme un changement substantiel. En revanche, n'est pas considéré comme substantiel un changement qui n'affecte pas les conditions d'exercice de l'activité cumulée et qui n'est pas de nature à modifier l'appréciation de l'autorité administrative qui autorise le cumul

(ex. : changement exceptionnel d'horaire dans le cas d'une activité périodique, dès lors que les nouveaux horaires n'empiètent pas sur les heures de travail).

En outre, si le décret du 2 mai 2007 ne prévoit pas d'échéance particulière à l'autorisation prononcée par l'autorité administrative, il lui est cependant loisible de limiter dans le temps la durée de son autorisation, notamment pour les activités présentant un caractère périodique et pouvant être reconduites indéfiniment. Dans ce cas, le supérieur hiérarchique peut autoriser le cumul pour une durée déterminée, correspondant par exemple à la durée du contrat d'engagement d'un agent non titulaire, ou une durée définie d'un commun accord avec l'intéressé, ou une durée fixée en référence avec le calendrier civil (une année calendaire, douze mois glissants à compter de la notification de l'autorisation, etc.).

A toutes fins utiles, un modèle de demande d'autorisation est proposé en annexe à la présente circulaire.

4) Décision de l'administration

Avant de prendre la décision d'autoriser un agent à exercer une activité accessoire, l'administration doit s'assurer que :

- cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ;

- dans l'exercice de cette activité, l'agent n'enfreindra pas les dispositions de l'article 432-12 du code pénal. Cet article punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public... de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

La décision de l'autorité hiérarchique doit être notifiée à l'agent dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Ce délai est porté à deux mois dans le cas où l'agent a été invité à fournir des informations complémentaires. En l'absence de décision expresse écrite contraire dans ce délai, l'agent est réputé autorisé à exercer l'activité accessoire.

L'autorisation ainsi donnée n'est pas définitive, puisque l'administration peut à tout moment s'opposer à la poursuite de l'activité autorisée. Deux cas peuvent se présenter :

- *Premier cas* : l'autorisation de cumul a été accordée alors que les conditions exigées par la réglementation n'étaient pas remplies.

Dans ce cas, l'administration revient à la situation qui prévalait avant que ne soit édictée l'autorisation individuelle considérée en la retirant.

Le retrait est rétroactif et consiste à revenir sur les effets passés d'une décision.

Dans le cas où le non-respect des conditions réglementaires n'était pas intentionnel :

La décision d'autoriser le cumul, créatrice de droits, pouvant être implicite (voir article 6 du décret du 2 mai 2007), il y a lieu d'appliquer, le cas échéant, la règle posée à l'article 23 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les

administrations, selon laquelle une décision implicite d'acceptation ne peut être retirée, pour illégalité, par l'autorité administrative que dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle est intervenue la décision.

Dans le cas de l'autorisation explicite, le délai de retrait est de quatre mois (Conseil d'Etat, *Ternon*, 26 octobre 2001).

Dans le cas où le non-respect des conditions réglementaires était intentionnel :

Selon la jurisprudence, les décisions obtenues par fraude ne créent aucun droit et peuvent donc être retirées à tout moment (CE, 17 juin 1955 *Silberstein* : décision autorisant un étranger à postuler un diplôme universitaire en conséquence de la production d'un certificat mensonger ; CE 18 novembre 1966 *Silvani* : délivrance d'un certificat d'aptitude à la suite d'épreuves entachées de fraude).

La logique du retrait implique normalement le reversement des sommes perçues à l'occasion de l'exercice d'une activité qui ne pouvait pas être cumulée avec l'emploi principal.

- *Second cas* : les conditions auxquelles est assortie l'autorisation de cumul, remplies par l'agent à l'origine, cessent de l'être ultérieurement.

L'administration peut dans ce cas *abroger* l'autorisation de cumul dans le délai de recours contentieux, c'est-à-dire la remettre en cause *pour l'avenir* sans porter atteinte aux effets déjà produits par celle-ci, suite à un changement intervenu dans les circonstances de fait tel que les conditions ayant permis son intervention ne se trouvent plus remplies.

Il peut s'agir d'événements très variés concernant aussi bien l'activité principale que l'activité accessoire exercée par l'intéressé. Pour apprécier la compatibilité de la poursuite d'un cumul autorisé avec l'activité principale, l'administration pourra tenir compte, par exemple, du niveau du poste occupé par l'agent, de son degré d'implication dans son activité principale depuis qu'a été accordée l'autorisation de cumul, de la situation au regard des effectifs dans la structure où il l'exerce. Des questions de même nature pourraient se poser en cas de changement d'affectation du fonctionnaire ou de l'agent public intéressé. En outre, les conditions d'exercice de l'activité accessoire peuvent aussi avoir évolué depuis l'octroi de l'autorisation de cumul, dans des conditions amenant l'autorité compétente à estimer que son exercice risque de préjudicier à l'activité principale.

D'une manière générale, les décisions prises en matière de cumul entrent dans le champ d'application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 modifiée relative à la motivation des actes administratifs.

En vertu de l'article 1^{er} de cette loi, devront être motivées les décisions refusant une autorisation de cumul, les décisions subordonnant une telle autorisation à des conditions restrictives ou imposant des sujétions, ainsi que celles qui retireraient ou abrogeraient une autorisation de cumul. De telles décisions devront donc indiquer expressément à l'intéressé les considérations de droit (dispositions législatives et réglementaires applicables) et de fait (intérêt du service apprécié au regard de l'emploi occupé par l'agent, de l'activité accessoire qu'il souhaite cumuler avec ce dernier...) sur le fondement desquelles elle est prise.

D) Dispositions propres aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales

L'article 2 du décret n° 87-1004 du 16 décembre 1987 modifié relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales interdit à ces derniers d'être affectés à un emploi permanent d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public en relevant. Cette interdiction est rappelée à l'article 21 du décret du 2 mai 2007. Ces collaborateurs de cabinet peuvent toutefois être autorisés à cumuler leurs fonctions avec celles de collaborateur d'un député à l'assemblée nationale, d'un sénateur ou d'un représentant au Parlement européen.

III) LE CUMUL POUR LA CREATION, LA REPRISE OU LA POURSUITE D'ACTIVITE AU SEIN D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE ASSOCIATION

La loi du 2 février 2007 et le décret du 2 mai 2007 ont introduit deux nouvelles possibilités de cumul.

Un agent public peut créer ou reprendre une entreprise après déclaration à l'autorité dont il relève tout en poursuivant ses fonctions administratives. Cette déclaration est soumise à l'examen de la commission de déontologie, l'autorité administrative se prononçant au vu de l'avis rendu par la commission. Cette possibilité de cumul est ouverte pour une période d'une année renouvelable une fois. Pour exercer le cumul, l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée de plein droit, même si l'agent peut choisir de rester à temps plein.

De même, un agent qui entre dans la fonction publique, par concours ou après un recrutement sur contrat, peut continuer à exercer son activité privée au sein d'une entreprise ou d'une association, pour la même durée d'un an renouvelable une fois, après déclaration à l'autorité dont il relève et avis de la commission de déontologie. La même possibilité d'exercer à temps partiel est ouverte.

Lorsqu'un agent souhaite, une fois écoulée la période consacrée à la création, à la reprise ou à la poursuite d'activité dans une entreprise, continuer à exercer la même activité, il peut choisir de se placer en disponibilité au titre de la création d'entreprise. La jurisprudence récente de la commission de déontologie indique qu'il n'est pas nécessaire de la saisir une nouvelle fois en l'absence de changement d'activité.

Les modalités d'application d'un tel cumul sont précisées par la circulaire du 31 octobre 2007 portant application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, du décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie et du chapitre II du décret n° 2007-648 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat.

IV) LE REGIME DU CUMUL D'ACTIVITES APPLICABLE A CERTAINS AGENTS A TEMPS NON COMPLET OU EXERCANT DES FONCTIONS A TEMPS INCOMPLET

A) Le public visé

Il s'agit d'agents occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure ou égale à la moitié de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics employés à temps complet.

Ces agents peuvent être :

a) des fonctionnaires ;

b) des agents non titulaires ;

c) des agents dont le contrat est soumis aux dispositions du code du travail en application des articles 34 et 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Il s'agit d'agents contractuels qui exercent leurs fonctions soit dans la fonction publique de l'Etat, soit dans la fonction publique territoriale, auxquels la loi du 12 avril 2000 a reconnu le droit de bénéficier d'un contrat à durée indéterminée, en exerçant éventuellement leurs fonctions à temps incomplet (dans la fonction publique de l'Etat), et d'opter s'ils le souhaitent pour la soumission au droit privé (agents relevant de la jurisprudence dite « Berkani »).

Dans la fonction publique territoriale, les emplois permanents à temps non complet sont régis par le décret n° 91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet.

Dans la fonction publique hospitalière, seuls les agents non titulaires peuvent occuper des emplois permanents à temps non complet, et ce pour une durée inférieure au mi-temps (cf. article 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986).

Les agents exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet sont des agents non titulaires de l'Etat, dont la durée de travail est inférieure à 70 % de la durée d'un emploi à temps plein.

Compte tenu des conditions d'emploi particulières de ces agents, les possibilités de cumul d'activité qui leur sont accordées sont plus larges que pour les agents à temps complet ou à temps partiel.

B) Le champ d'application

1) *Le cumul avec une activité privée lucrative*

Les articles 15 et 16 du décret prévoient que ces agents peuvent, en sus de leur activité publique, exercer une activité privée lucrative après en avoir informé l'autorité dont ils relèvent. Il ne s'agit donc pas d'un régime d'autorisation préalable, comme dans le cadre du cumul d'activités accessoires.

L'administration doit néanmoins vérifier que l'activité privée est compatible avec les obligations de service de l'intéressé et qu'elle ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à

l'indépendance ou à la neutralité du service. Si ces deux conditions ne sont pas respectées, l'administration peut s'opposer à l'exercice ou à la poursuite ou à l'exercice de l'activité privée.

Par ailleurs, dans le cadre de ce cumul, l'agent est soumis aux dispositions de l'article 432-12 du code pénal relatif à la prise illégale d'intérêt dans l'exercice des fonctions.

2) Le cumul avec une ou plusieurs activité(s) publique(s)

L'article 17 du décret autorise le cumul d'activités publiques auprès des administrations et services mentionnés à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983, c'est-à-dire les administrations de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements, ainsi que les établissements publics hospitaliers, sociaux ou médico-sociaux.

La durée totale de travail résultant de ce cumul est toutefois plafonnée, puisqu'elle ne doit pas dépasser 100 % d'un emploi à temps complet pour la fonction publique de l'Etat et la fonction publique hospitalière. Cependant, pour les fonctionnaires territoriaux, ce plafond est relevé à 115 %, conformément à l'article 8 du décret n° 91-298 du 20 mars 1991. En outre, l'agent doit tenir informée, par écrit, chaque autorité auprès de laquelle il exerce des fonctions de ce cumul.

V) LES CONSEQUENCES DU CUMUL EN TERMES DE GESTION DE PERSONNEL

A) Le traitement des autorisations de cumul déjà accordées

Les autorités compétentes disposent d'un délai de deux ans à compter de la publication du décret du 2 mai 2007 pour confirmer expressément les autorisations de cumul accordées sur la base des dispositions du décret-loi du 29 octobre 1936. Si une telle confirmation n'est pas intervenue dans ce délai, les autorisations de cumul correspondantes sont abrogées.

Les agents bénéficiant d'une autorisation dans le cadre du régime antérieur pourront être invités à renouveler leur demande auprès de leur autorité hiérarchique.

B) Les informations versées au dossier de l'agent

Il s'agit :

- des demandes d'autorisation de cumul (chapitre Ier du décret du 2 mai 2007),
- des déclarations de cumuls d'activités (chapitre II),
- des décisions administratives prises sur leur fondement (chapitre I et II).

C) Les sanctions en cas de non-respect de la réglementation sur les cumuls

Elles sont de deux ordres :

- le reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue sur le traitement ;
- une des sanctions disciplinaires prévues par l'article 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, l'article 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et l'article 81 de la loi n° 86-33 du 9 janvier

1986, dont le niveau de sévérité est apprécié par l'autorité disciplinaire en fonction du degré de gravité du manquement à l'obligation de non-cumul constaté.

Ces sanctions administratives sont prononcées sans préjudice des peines qui peuvent être prononcées en cas de mise en cause de la responsabilité pénale d'un agent public, notamment sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal (prise illégale d'intérêts).

Les sommes indûment perçues devant être reversées sont exclusivement celles correspondant aux rémunérations de l'activité accessoire qu'il était interdit de cumuler avec l'activité principale (cf. CAA Paris, 4 mars 2004, *Lellouche*, req. N° 03PA00861).

D) La suppression du compte de cumul

Ce compte était institué par le décret n° 58-430 du 11 avril 1958 fixant les conditions d'application de l'article 12 du décret-loi du 29 octobre 1936, qui prévoyait l'existence d'un relevé de l'ensemble des rémunérations publiques perçues par un agent. Irrégulièrement appliqué selon les administrations et source de confusion, le compte de cumul disparaît avec l'abrogation du décret du 11 avril 1958, mais demeure applicable aux comptes arrêtés au 31 décembre 2006.

La suppression du compte de cumul n'implique pas que les modalités et l'ampleur des rémunérations n'entrent pas en compte dans l'appréciation de la compatibilité du cumul entre l'activité principale et une ou plusieurs activité(s) accessoire(s). Elle s'inscrit dans un cadre où la rémunération n'est que l'une des composantes objectives permettant de juger de la recevabilité d'une demande de cumul au regard de l'intérêt du service et des obligations déontologiques qui s'imposent aux agents publics.

Pour le Ministre
et par délégation
Le Directeur général de l'Administration
et de la Fonction Publique



Paul PENK

Circulaire cumul – Sommaire

<u>La réglementation antérieure</u>	p. 1
<u>L'esprit de la réforme</u>	p. 2
Assouplir le régime de cumul pour tenir compte des évolutions économiques et sociales	
Clarifier le droit applicable	
Promouvoir un principe de confiance et de responsabilisation	
<u>Ce que change la réglementation</u>	p. 3
L'ouverture de nouveaux cas de cumul	
Une définition large du champ des agents auxquels s'applique le régime de cumul	
La simplification du droit existant pour certains cas de cumul	
La reprise du droit existant en matière de cumul d'activités des agents employés à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure au mi-temps et l'extension de ce régime de cumul aux agents à mi-temps	
I – LE DISPOSITIF GENERAL : L'ENCADREMENT DES POSSIBILITES DE CUMUL	p. 4
A) <u>L'interdiction de principe</u>	p. 4
B) <u>Les exceptions au principe</u>	p. 5
1) Les libertés essentielles rappelées par la loi	p. 5
2) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de la réglementation transversale issue du décret du 2 mai 2007	p. 6
3) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de dispositions particulières	p. 6
a) Dispositions législatives	p. 6
b) Dispositions réglementaires particulières	p. 6

II - LE CUMUL D'ACTIVITES A TITRE ACCESSOIRE DES AGENTS A TEMPS COMPLET OU A TEMPS PARTIEL.....p. 7

A) Le public visé.....p. 7

B) Le champ d'application.....p. 8

1) Le caractère accessoire.....p. 8

2) Les activités susceptibles d'être autorisées au titre du cumul accessoire.....p. 9

a) Les expertises ou consultations.....p. 9

b) Les enseignements ou formations.....p. 9

c) Activité agricole.....p. 10

d) Travaux d'extrême urgence.....p. 10

e) Travaux ménagers de peu d'importance réalisés chez des particuliers.....p. 11

f) Aide à domicile.....p. 11

g) Activité de conjoint collaborateur.....p. 11

3) Le cumul d'une activité publique principale et d'une activité d'intérêt général accessoire

a) Le cumul avec une activité d'intérêt général.....p. 11

b) Le cumul avec une mission d'intérêt public de coopération internationale.....p. 12

4) La liberté d'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif.....p. 12

5) Le contrat vendanges.....p. 13

Tableau : exemples-types d'activités accessoires susceptibles ou non d'être autorisées.....p. 13

C) Le régime d'autorisation.....p. 14

1) Obligation d'information.....p. 14

2) Demande d'autorisation de cumul.....p. 14

3) Renouvellement de l'autorisation.....p. 15

4) Décision de l'administration.....p. 16

D) Dispositions propres aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales.....p. 18

III – LE CUMUL POUR LA CREATION, LA REPRISE OU LA POURSUITE D'ACTIVITE AU SEIN D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE ASSOCIATION.....p. 18

IV – LE REGIME DE CUMUL D'ACTIVITES APPLICABLE A CERTAINS AGENTS A TEMPS NON COMPLET OU EXERCANT DES FONCTIONS A TEMPS INCOMPLET.....p. 19

A) Le public visé.....p. 19

B) Le champ d'application.....p. 19

1) Le cumul avec une activité privée lucrative.....p. 19

2) Le cumul avec une ou plusieurs activité(s) publique(s).....p. 20

V – LES CONSEQUENCES DU CUMUL EN TERMES DE GESTION DE PERSONNEL.....p. 20

A) Le traitement des autorisations de cumul déjà accordées.....p. 20

B) Les informations versées au dossier de l'agent.....p. 20

C) Les sanctions en cas de non-respect de la réglementation sur les cumuls.....p. 20

D) La suppression du compte de cumul.....p. 21

Ce rapport est le neuvième présenté par la Commission de déontologie issue de la réforme introduite par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 et compétente pour les trois fonctions publiques.

La commission est saisie, dans certains cas à titre obligatoire, dans d'autres cas à titre facultatif, pour donner un avis sur le départ des agents publics vers le secteur privé. Elle se prononce en outre sur les déclarations des agents publics qui souhaitent cumuler leurs fonctions avec la création ou la reprise d'une entreprise privée, ou bien sur celles des dirigeants d'entreprise privée recrutés dans la fonction

publique et souhaitant poursuivre leur activité. Elle donne enfin un avis sur les autorisations demandées par des chercheurs pour participer à la création ou aux activités d'entreprises valorisant les résultats de leurs travaux.

Le rapport comporte deux parties. La première traite du cas des agents des trois fonctions publiques cessant leurs fonctions ou bien demandant à exercer un cumul. La seconde concerne les avis sur la participation des chercheurs à la création d'entreprise ou aux activités des entreprises existantes. Chacune de ces parties comprend un bilan statistique et une analyse de jurisprudence.

En conclusion, la Commission formule des remarques afin de contribuer aux débats auxquels va donner lieu le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

RAPPORT ANNUEL

La collection Rapport Annuel rassemble les rapports publiés par la DGAFP. Le *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique* présente, dans la partie « Politiques et pratiques de ressources humaines », les grands axes de gestion des ressources humaines et, dans la partie statistiques « Faits et chiffres », un bilan social de la fonction publique. Cette collection propose également le *Rapport annuel sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique*, dont la première édition est parue en 2014. En sont issues des brochures telles que « Chiffres-clés » et « Tableau de synthèse ».

POLITIQUES D'EMPLOI PUBLIC

Les publications regroupées au sein de cette collection traitent tous les thèmes rattachés à la gestion prévisionnelle des ressources humaines, de la gestion des connaissances à celles des compétences. Elle propose également les protocoles d'accord issus des négociations avec les organisations syndicales représentatives de la fonction publique.

REPÈRES DGAFP

Cette collection regroupe tous les documents, à usage interne ou externe, qui présentent et visent à faire connaître la DGAFP et ses missions.

LES ESSENTIELS

Cette collection - destinée à un large public - rassemble sous forme de fiches ou de livrets pédagogiques, les informations concernant le recrutement, les concours, les carrières, la formation et, au sens large, tous les aspects du parcours professionnel des agents de la fonction publique

OUTILS DE LA GRH

Destinée en priorité aux gestionnaires des ressources humaines, cette collection regroupe de nombreux outils d'aide au pilotage utilisés au quotidien par les services RH. Le *Répertoire interministériel des métiers de l'État* (Rime), des guides ponctuels comme *L'apprentissage dans la fonction publique de l'État*, ou encore des kits d'outils pratiques comme celui sur *Les instances médicales dans la fonction publique*, en font ainsi partie.

STATISTIQUES ET RECHERCHE SUR LA FP

Cette collection est déclinée en quatre sous-collections, destinées aux décideurs, gestionnaires, statisticiens et chercheurs : « Stats rapides » présente des indicateurs et premiers résultats ; « Point Stat » livre une analyse synthétique des résultats d'enquêtes et d'études statistiques en quelques pages ; « Documents et méthodes » propose des points d'étape sur des travaux de recherche et de méthodologie ; « Études, recherche et débats » présente des analyses approfondies, aussi bien quantitatives que qualitatives.