



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTÈRE DE L'ACTION
ET DES COMPTES PUBLICS

RAPPORT
D'ACTIVITÉ
2016

Commission de déontologie de la fonction publique

Accès des agents publics au secteur privé

Rapport au Premier ministre

OUTILS DE LA GRH

Direction générale
de l'administration
et de la fonction publique



DEH de l'Etat

SOMMAIRE

Avertissement.....	p. 1
Introduction	p. 3
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. 7
1. Le bilan de l'activité de la commission	p. 8
1.1 <u>Nombre de saisines</u>	p. 8
1.2 <u>Cas de saisines</u>	p. 11
1.3 <u>Origine des saisines</u>	p. 12
1.3.1 Origine des saisines par administration ou autorité gestionnaire	p. 12
1.3.2 Origine des saisines par catégorie d'agents	p. 13
1.3.3 Origine des saisines par secteur d'activité envisagé	p. 15
1.4 <u>Sens des avis</u>	p. 19
1.5 <u>Suites données aux avis</u>	p. 22
2. La jurisprudence de la commission	p. 23
2.1 <u>La procédure suivie devant la commission de déontologie</u>	p. 23
2.1.1 Formation compétente.....	p. 23
2.1.2 Audition des agents	p. 23
2.1.3 Avis d'incompatibilité en l'état du dossier	p. 23
2.1.4 Irrecevabilité	p. 24
2.1.5 Délai d'instruction	p. 24
2.1.6 Demande de seconde délibération	p. 25
2.2 <u>Le contrôle des agents publics cessant leurs fonctions</u>	p. 26
2.2.1 Compétence de la commission	p. 26
A) Quels sont les agents concernés ?	p. 26

B) La notion de fonctions administratives	p. 28
C) La position du fonctionnaire au moment du contrôle	p. 28
D) Quelle est la nature des activités privées contrôlées par la commission ?.....	p. 29
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. 29
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. 33
E) Quelle est l'étendue dans le temps du contrôle de la commission de déontologie ?.....	p. 34
1) Période de l'activité administrative antérieure de l'agent public soumise au contrôle de la commission	p. 34
2) Période de l'activité privée de l'agent public pouvant être soumise à interdiction ou à une réserve	p. 34
3) Période de l'activité privée de l'agent public soumise à une obligation d'information...p.35	
2.2.2 La nature et les principaux critères du contrôle	p. 35
1) Le respect de l'article 432-13 du code pénal	p. 35
2) Le respect des critères déontologiques	p. 43
2.3 <u>Le contrôle des agents publics pratiquant un cumul</u>	p. 46
2.3.1 Compétence de la commission	p. 46
A) Quels sont les agents et les cas visés ?	p. 46
B) Le champ de compétence de la commission	p. 48
1- La commission n'est pas compétente dès lors qu'il n'y a pas création d'entreprise.....	p. 49
2- La commission n'est pas compétente lorsque le cumul est interdit par la loi	p. 49
3- La commission n'est pas compétente lorsque l'agent exerce certaines activités que le législateur a expressément autorisées	p. 49
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. 49
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. 50

3° *La commission n'est pas compétente lorsque l'agent demande une autorisation de cumul pour produire une œuvre de l'esprit* p. 51

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. 51

5- La commission n'est pas compétente lorsque l'entreprise créée par l'agent constitue une modalité d'exercice de son activité publiquep. 51

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.51

C) Les périodes à prendre en considération dans le cas du cumul d'activitésp. 55

2.3.2. La nature et les critères du contrôle de la commissionp. 55

A) Le respect de l'article 432-12 du code pénalp. 55

B) La notion de dignité des fonctions administrativesp. 56

C) La notion de fonctionnement normal, d'indépendance ou de neutralité du servicep. 56

1- *Exemples d'avis favorables sous réserve*p.56

2- *Avis d'incompatibilité*.....p.58

3- *Le cas particulier des professions réglementées*.....p.58

4- *Le cas des activités susceptibles de mettre en œuvre des pratiques sectaires*.....p.58

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. 64

1. Le bilan de l'activité de la commissionp. 69

1.1. Fonctionnement de la commissionp. 69

1.2 Nombre de saisines.....p. 70

1.3 Cas de saisinesp. 71

1.4 Origine des saisinesp. 71

1.4.1 Répartition des saisines par organisme gestionnairep. 72

1.4.2 Répartition des saisines par catégories d'agent et par corps.....p. 73

1.5 Sens des avis.....p. 74

1.6 <u>Suites données aux avis</u>	p. 75
2. <u>La jurisprudence de la commission</u>	p. 75
2.1 <u>Compétence de la commission</u>	p. 75
2.2 <u>Agents pouvant bénéficier des dispositions du code de la recherche</u>	p. 75
2.3 <u>Procédure</u>	p. 76
2.4 <u>Portée de l'avis</u>	p. 76
2.5 <u>Application des articles L. 531-1 et suivants du code de la recherche.</u>	p. 77
2.6 <u>Application des articles L. 531-8 et suivants du code de la recherche</u>	p. 78
2.6.1 <u>Convention de concours scientifique</u>	p. 79
2.6.2 <u>Participation au capital</u>	p. 82
2.6.3 <u>Contrat de valorisation</u>	p. 83
2.7 <u>Application des articles L. 531-12 et suivants du code de la recherche.</u>	p. 88
Conclusion de la seconde partie	p. 89
Conclusion	p. 91
Annexes	p. 95

AVERTISSEMENT

Le présent rapport d'activité 2016 est le dixième et dernier présenté par la Commission de déontologie de la fonction publique sur le fondement des dispositions de la loi n°2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

En effet, la réforme introduite par la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires est entrée en vigueur dans toutes ses dispositions avec l'intervention du décret n°2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique, à compter du 1^{er} février 2017. Le rapport d'activité 2017 à venir sera le premier présenté par la Commission de déontologie de la fonction publique sur ce nouveau fondement.

INTRODUCTION

La commission de déontologie de la fonction publique reste régie en 2016 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 partir du 1^{er} février 2017 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.

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, 6 avril et 7 juillet 2016 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, 2 mai et 9 septembre 2016.

La commission présente ici son dixième rapport, 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	2016
Nombre d'avis	1014	874	1073	1228	1106	1038	1155	1075	1061	1171
Variation en %	-14,7	-16	+22,8	+14,45	-9,93	-6,15	+11,27	-6,92	-1,3	+10,37

Fonction publique hospitalière

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Nombre d'avis	1847	326	363	428	746	945	995	972	1153	1200
Variation en %	-40,38	-82,35	+11,34	+17,9	+74,3	+26,67	+5,29	-2,31	+18,62	+4,07

Fonction publique territoriale

	2007 ⁽¹⁾	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Nombre d'avis	957	834	1116	1730	1462	1391	1336	998	935	1181
Variation en %	+11,6	-8,71	+33,8	+55	-15	-4,8	-3,9	-25,3	-6,3	+26,31

(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

2016	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	93	51	144 (12,3%)
Avis en forme simplifiée	395	632	1027 (87,7%)
Total	488 (41,67%)	683 (58,33%)	1171 (100%)

Fonction publique hospitalière

2016	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	7	30	37 (3,08%)
Avis en forme simplifiée	211	952	1163 (96,92%)
Total	218 (18,17%)	982 (81,83%)	1200 (100%)

Fonction publique territoriale

2016	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	46	52	98 (8,3%)
Avis en forme simplifiée	392	691	1083 (91,7%)
Total	438 (37,09%)	743 (62,91%)	1181 (100%)

Pour l'ensemble des trois fonctions publiques, la commission a été saisie de 3552³ dossiers, dont un peu moins 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) Pour la *fonction publique de l'Etat*, l'année 2016 est marquée par une augmentation significative des saisines (environ 10 % de plus par rapport à 2015). Les déclarations de cumul d'activités restent majoritaires puisqu'elles représentent 58,33 % des demandes examinées par la commission de déontologie.

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*, 1200 avis ont ainsi été rendus en 2016, dont 81,83 % concernent des cumuls d'activités. Ceux-ci ne sont que pour une part réduite (3,08 %) examinés en séance.

3) Pour la *fonction publique territoriale*, l'année 2016 est marquée par une importante augmentation des saisines (environ 26 % de plus par rapport à 2015).

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.

Comme pour les deux autres fonctions publiques, les demandes de cumul d'activités représentent la part la plus importante des dossiers examinés par la commission, soit 62,91 %. Ce chiffre est toutefois en baisse par rapport à 2015, année où les demandes de cumul d'activités représentaient 76,04 % des demandes. 8,3 % 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

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Education nationale	33,2	34	39,81	33,3	35,07	36,88	38,83	38,38	36,32
Intérieur	18,7	15,09	13,05	18,8	16,67	19,13	19,28	18,16	15,72
Ministères économique et financier	27,6	15	15,9	18,72	18,3	12,9	17,52	16,18	18,16
Ecologie, développement durable	12,7	8	6,65	5,51	5,01	4,76	4,73	4,61	4,48
Défense	7,8	4,75	6,9	4,77	4,05	3,9	3,61	3,57	3,66
Autres	-	23,16	17,69	18,9	20,9	22,43	16,03	19,1	21,66
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

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Régions	3,7	2,59	2,4	3,4	3,02	5,9	2,41	2,47	2,65
Départements	19,7	16,40	19,0	16,8	20,78	19,5	22,54	25,13	20,37
Services départementaux d'incendie et de secours (SDIS)	4,7	7,88	9,2	9,4	9,56	9,3	7,85	8,56	6,82
Communes+ centres communaux d'action sociale (CCAS)	52,5	50,99	52,55	52,7	47,16	48,3	46,88	43,42	43,38
Regroupements de communes	12,2	13,62	9,2	12,6	14,17	10,9	14,39	16,68	19,45
Syndicats	4,5	2,87	3,4	3,0	3,95	2,5	2,01	1,5	4,68
Autres (1)	2,7	5,65	4,3	2,2	1,36	3,7	3,92	2,24	2,65
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
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
2016	54	16,86	9,93	19,21	100
Moyenne	54,39	17,82	13,46	14,33	100

Fonction publique hospitalière

Année	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Contractuels	Total
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
2016	55,05	19,53	16,16	9,26	100
Moyenne	51,08	31,73	19,97	7,21	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

Année	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Contractuels	Total
2016	16,72	16,64	57,18	9,46	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 17 % des saisines en 2016, alors que celle des agents de catégorie C s'établit à environ 10 %. La proportion des agents contractuels s'élève cette même année à 19 %.

2) Dans la *fonction publique hospitalière*, la forte augmentation des demandes émanant de personnels de catégorie A, qui représentent aujourd'hui environ 55 % des demandeurs contre 13 % en 2008, faisant baisser la part relative 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 57 % des demandes en 2016. On constate cette même année une

relative stabilité des demandes d'agents de la catégorie B (titulaires), qui représentent 16,64 % du total des saisines, ainsi que des demandes émanant d'agents de la catégorie A (titulaires), 16,72 % de l'ensemble des demandes.

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 %)	Année 2016
Agriculture, pêche, forêt	1,35
Aménagement, urbanisme, infrastructure, bâtiment, travaux publics	3,1
Assurances, banques, immobilier	7,94
Bien-être	12,97
Chimie, industrie pharmaceutique	2,03
Commerce	11,71
Communication, presse, audiovisuel, publicité	3
Culture, artistes, événementiel	5,13
Emploi, social, solidarité	1,16
Energie	1,26
Enseignement, formation	4,26
Entreprise artisanale	1,16
Expertise	2,71
Hôtellerie, restauration	1,64
Informatique, électronique, ingénierie	8,03

Juridique, audit, conseil	5,61
Médical, paramédical	4,26
Secrétariat	0,77
Sécurité	4,06
Services à la personne	0,58
Sports, tourisme, jeux, loisirs	2,9
Transports	2,71
Autres	11,62
Total	100

Fonction publique hospitalière

Secteurs (en %)	Année 2016
Agriculture, pêche, forêt	0,83
Aménagement, urbanisme, infrastructures, bâtiment, travaux publics	0,56
Assurances, banques, immobilier	1,57
Bien-être	12,42
Chimie, industrie pharmaceutique	0,37
Commerce	5,75
Communication, presse, audiovisuel, publicité	0,56
Culture, artistes, événementiel	1,48
Emploi, social, solidarité	0,74
Enseignement, formation	2,22
Entreprise artisanale	1,39
Expertise	0,83

Hôtellerie, restauration	1,02
Informatique, électronique, ingénierie	0,56
Juridique, audit, conseil	0,74
Médical, paramédical	62,56
Secrétariat	1,48
Sécurité	0,18
Services à la personne	0,56
Sports, loisirs, tourisme	0,46
Transports	0,28
Autres	3,43
Total	100

Fonction publique territoriale

Secteurs (en %)	Année 2016
Agriculture, pêche, forêt	1,83
Aménagement, urbanisme, infrastructure, bâtiment, travaux publics	7,84
Assurances, banques, immobilier	4,38
Bien-être	11,51
Commerce	11,1
Communication, presse, audiovisuel, publicité	4,07
Culture, artistes, événementiel	4,58
Emploi, social, solidarité	3,36
Enseignement, formation	3,16
Entreprise artisanale	5,09

Expertise	1,93
Hôtellerie, restauration	5,19
Informatique, électronique, ingénierie	3,26
Juridique, audit, conseil	3,16
Mécanique, automobile	2,14
Médical, paramédical	4,17
Secrétariat	2,34
Sécurité	2,44
Services à la personne	0,71
Sports, tourisme, jeux, loisirs	1,53
Transports	2,85
Autres	13,34
Total	100

1) *Dans les trois fonctions publiques*, les secteurs dans lesquels se concentrent 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 secteurs médical et paramédical, en particulier dans la fonction publique hospitalière;
- le bâtiment, l'artisanat, la restauration, spécialement dans la fonction publique territoriale;
- l'informatique (dépannage informatique à domicile, graphisme web, conception de sites Internet), l'événementiel, la formation, 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 62 % environ en 2016, 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	2016
Compatibilité (1)	74,0	62,8	54,6	55,6	48,38	44,72	41,73	34,02	25,73	32,79
Compatibilité sous réserves	22,3	25,7	25,8	26,34	36,2	41,77	41,73	50,37	54,76	52,43
Incompatibilité	1,4	1	1,8	1,34	1,26	1,05	1,04	0,93	2,26	2,9
Incompatibilité en l'état	0,5	1,5	0,6	0,25	1,08	0,09	0,17	0,19	0,09	0
Incompétence	1,6	8,9	14,8	12,87	11,64	11,42	12,21	13,38	15,08	9,65
Irrecevabilité	0,2	0,1	0,1	0,83	1,44	0,86	0,87	0,18	0,09	0
Demande prématurée/Non-lieu à statuer	0	0	0	0	0	0,09	0	0	0,19	0,08
Doubles avis (2)	ND	ND	2,3	2,77	ND	ND	2,25	0,93	1,79	2,13
Total	100	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	2016
Compatibilité (1)	73,2	63,53	66,8	65,8	57,08	56,18	54,2	55,17
Compatibilité sous réserves	17,8	32,81	23,53	26,45	32,06	34,36	36	35,75
Incompatibilité	3,8	0,40	0,4	0,21	0,1	0,41	1,3	0,75
Incompatibilité en l'état	2,2	0,55	0	0,11	0	0,1	0	0,08
Incompétence	3	2,70	7,57	4,95	8,34	7,92	6,94	6,58

Irrecevabilité	0	0	1,7	2,48	1,91	0	0	0
Non-lieu à statuer	0	0	0	0	0	0	0,26	0,25
Double avis	0	0	0	0	0,51	1,03	1,3	1,42
Total	100	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	2016
Compatibilité	29,3	56,1	50,9	51,6	30,5	35	27,4	26,85	26,31	41,07
Compatibilité sous réserves	56,2	34,7	30,6	29,0	44	45	44,1	49,2	56,9	44,11
Incompatibilité	4,5	0,5	0,6	1,6	2,1	3	0,7	1,3	2,57	2,54
Incompatibilité en l'état	2,5	0,2	0,3	0,6	0,5	0,2	0,1	0,2	0	0
Incompétence	7,4	7,3	16,7	15,5	20,6	16	26	21,45	11,76	10,33
Irrecevabilité	/	0,8	0,5	0,5	0,4	0,6	1,3	0	0	0
Non-lieu	/	0,4	0,3	0,2	0,1	0,1	0	0	0,21	0,25
Doubles avis	/	/	0,3	1	1,8	0,3	0,3	1	2,25	1,61
Total (1)	100	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	2016
Compatibilité	28,29	19,08	18,5	15,44
Compatibilité sous réserve	42,1	65,66	49,31	43,62
Incompatibilité	7,89	7,64	16,44	18,79
Incompatibilité en l'état	1,32	0,74	0,68	0
Incompétence	12,5	6,88	8,9	12,75
Irrecevabilité	0,66	0	0,68	0
Double avis	7,24	0	5,48	9,4
Total	100	100	100	100

Fonction publique hospitalière (en %)

	2013	2014	2015	2016
Compatibilité	25	46,15	11,11	13,89
Compatibilité sous réserve	18,75	26,92	22,22	41,67
Incompatibilité	6,25	15,39	38,89	16,67

Incompatibilité en l'état	0	3,85	0	0
Incompétence	43,75	7,69	8,33	5,55
Irrecevabilité	6,25	0	0	0
Double avis	0	0	19,44	22,22
Total	100	100	100	100

Fonction publique territoriale (en %)

	2013	2014	2015	2016
Compatibilité	11	10	16,44	11,22
Compatibilité sous réserve	25	48,33	34,25	41,84
Incompatibilité	7	20	32,88	23,47
Incompatibilité en l'état	1	3,33	0	0
Incompétence	55	13,33	4,11	15,31
Irrecevabilité	0	0	0	0
Double avis	1	5	12,32	8,16
Total	100	100	100	100

L'importance des avis d'incompétence, qui représentent en moyenne pour les trois fonctions publiques 8,85 % 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 33 % des avis rendus pour la fonction publique de l'Etat, 55 % pour la fonction publique hospitalière et 41 % pour la fonction publique territoriale.

Les avis de compatibilité sous réserves s'élèvent quant à eux à 52,43 % en 2016 pour la fonction publique de l'Etat, à 35,75% pour la fonction publique hospitalière et à 44,11 % pour la fonction publique territoriale la même année. 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 2,06 %, représente entre 16 et 23 % des dossiers examinés uniquement en formation collégiale, étant précisé que les doubles avis comportent pour beaucoup d'entre eux des incompatibilités dont il n'est pas tenu compte dans ces pourcentages. Par ailleurs, cette donnée ne saurait rendre compte, à elle seule de la réalité et de la rigueur du contrôle de la commission. De nombreuses situations potentiellement risquées, y compris sur le plan pénal, sont désamorçées très en amont par l'administration, en amenant à la renonciation 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 2016, 42 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 et 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 d'activités) 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.

Saisie par la chef du service de l'Inspection générale des finances d'une demande tendant à l'exercice, en position de disponibilité, d'une activité privée auprès d'une société spécialisée dans le transport maritime présentée par un inspecteur général des finances, ayant exercé les fonctions d'ambassadeur de France à Singapour, la commission, après avoir rappelé que le dossier de saisine doit comporter à tout le moins un minimum d'informations sur la nature de l'activité envisagée, et faute que l'instruction ait permis de combler ces lacunes, a émis un avis d'incompatibilité en l'état dans la mesure où elle ne disposait pas des informations requises (Avis n° 16E3259 du 12 janvier 2017).

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 commission a été saisie tardivement du départ d'un agent du Conseil national des activités privées de sécurité vers une société de sécurité privée. A supposer même que l'administration se serait abstenue de saisir la commission dans le délai de quinze jours à compter de l'information qu'elle a eue du projet de départ de cet agent dans une société privée, la commission estime que ce délai est indicatif et qu'elle peut être régulièrement saisie passé celui-ci (Avis n°16E2715 du 10 novembre 2016).

Le dépassement de ce délai ne fait pas obstacle à ce que la commission 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 écoulé⁴.

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 pour réunir l'information utile. Ce délai est nettement inférieur au délai réglementaire imparti pour saisir la commission, qui est encore en 2016 d'un mois avant le départ de l'agent.

⁴ Avis n° 1570749 du 9 avril 2015

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, comme il est indiqué plus haut, 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 (et elle seule) 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 (Avis n°16E2579 du 6 octobre 2016). 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 années⁵.

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 publique⁶ ;

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

⁵ Avis n°15E3073 du 10 décembre 2015

⁶ 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.

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 spécial⁷ », 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 1993⁸.

Par ailleurs, la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a, comme indiqué en introduction, étendu aux praticiens hospitaliers sous statut ou contractuels les dispositions relatives à la déontologie. La commission a précisé que, en vertu des dispositions combinées du 3° de l'article L. 6152-4 et du 1° de l'article L. 6152-1 du code de la santé publique, elle était compétente pour connaître de la situation des praticiens hospitaliers qui demandent l'autorisation d'exercer une activité privée, qu'ils soient régis par le statut des praticiens hospitaliers 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.

La commission est compétente pour se prononcer sur la situation d'un militaire qui souhaite rejoindre une entreprise après avoir cessé ses fonctions dans un cabinet ministériel. En effet, si les militaires n'entrent pas dans les catégories d'agents relevant du contrôle de la commission, cette dernière est compétente pour examiner la situation des membres de cabinet ministériel. (Avis n°16E2575 du 6 octobre 2016).

Les dispositions de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, alors applicables, énumèrent de manière limitative les catégories d'agents relevant du contrôle de la

⁷ 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.

⁸ (Avis TC/2009-771 du 15 octobre 2009).

commission. Les agents non titulaires de droit public employés par un groupement d'intérêt public ne figurent pas dans cette liste et la commission ne s'est donc pas considérée comme compétente pour connaître de leur départ dans le secteur privé (Avis n°16H1096 du 12 mai 2016).

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.

Au cas où les fonctions antérieures apparaissent ne pas constituer des fonctions administratives, la commission décline sa compétence pour connaître de la situation de l'agent intéressé. Tel est le cas de celles exercées par un agent de la direction centrale des activités commerciales de Météo France souhaitant rejoindre une société privée, direction qui exerce ses activités dans le secteur concurrentiel⁹.

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 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 :

⁹ Avis n°15E1827 du 9 juillet 2015

- 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 années¹⁰.

Il y a lieu de rappeler que la commission n'est compétente que pour vérifier la compatibilité entre les fonctions publiques et l'activité privée 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) 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 entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé ». Lorsque le départ de l'agent a lieu dans une entreprise privée, le contrôle s'exerce à la fois du point de vue pénal et du point de vue déontologique.

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.

b) Cette définition conduit la commission à décliner sa compétence lorsque l'activité envisagée s'exercera dans des institutions ou collectivités publiques, dans 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

¹⁰ (Avis n°14E1552 du 11 septembre 2014).

« 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.

La commission considère ainsi que Business France, établissement public industriel et commercial, issu de la fusion d'Ubifrance et de l'Agence française pour les investissements internationaux, ne peut être assimilé à une entreprise privée au sens de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993. En effet, l'objet de l'établissement qui est de développer les exportations françaises et d'attirer les investisseurs étrangers en France afin d'améliorer la compétitivité, la croissance et l'emploi relève de missions de service public (Avis n° 16E0585 du 10 mars 2016).

Saisie par un ingénieur souhaitant rejoindre un grand port maritime, la commission a décliné sa compétence, au motif qu'eu égard à la nature de ses missions, à son mode d'organisation, de gestion et de fonctionnement, ainsi qu'à l'origine de ses ressources, cet établissement public industriel et commercial ne revêtait pas le caractère d'une entreprise privée au sens du I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 (Avis n°16E3042 du 12 janvier 2017).

Une société publique locale détenue par la ville de Paris (66%), le département de Paris (26%) et la région Île-de-France (8%) qui a pour objet la réalisation d'opérations d'aménagement dans certains arrondissements parisiens pour le compte exclusif de ses actionnaires n'est pas une entreprise privée au sens de l'article 432-13 du code pénal (Avis n°16T3139 du 12 janvier 2017).

La commission écarte la qualification d'entreprise privée pour une agence départementale d'insertion, constituée sous la forme d'un groupement d'intérêt public, qui a pour objet de développer et de promouvoir de nouvelles solutions de lutte contre les situations d'exclusion socio-professionnelle et particulièrement celle des bénéficiaires du revenu de solidarité active (Avis n°16T1083 du 12 mai 2016).

L'institut Gustave Roussy n'est pas une entreprise privée au sens de l'article 432-13 du code pénal. En effet, si les centres de lutte contre le cancer sont des établissements de santé de droit privé, ils exercent leurs missions dans le domaine de la santé publique, ne sont pas à but lucratif et figurent sur une liste arrêtée par le ministre chargé de la santé. Saisi de la nomination du directeur général adjoint de l'Institut Gustave Roussy, la commission s'est donc bornée à examiner le respect des critères déontologiques (Avis n°17H0005 du 12 janvier 2017).

Si la société nationale de radiodiffusion Radio France a été considérée comme une entreprise privée, ne l'ont pas été les composantes, notamment les formations musicales, exclusivement chargées en son sein des missions de service public que la loi n° 86-1007 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication lui a confiées en son article 44, en particulier « la valorisation du patrimoine et de la création artistique, notamment grâce aux formations musicales dont elle assure la gestion et le développement », missions réaffirmées dans le contrat

d'objectifs et de moyens signé entre l'Etat et cette société (Avis n° 15E3455 du 11 février 2016).

Ne sont pas non plus considérés comme des entreprises privées le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) et le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI), dont les activités ne s'exercent pas dans le secteur concurrentiel. La commission n'a donc exercé qu'un contrôle de déontologie (Avis n° 16E1941 du 7 juillet 2016).

A l'inverse, la commission a maintenu sa jurisprudence TC/2014 du 18 mars 2014 concernant l'entreprise ERDF, gestionnaire de réseaux publics de distribution d'électricité, en considérant que celle-ci exerce son activité dans le champ concurrentiel et a, par conséquent, le caractère d'une entreprise privée (Avis n° 16E0804 du 7 avril 2016).

La commission a qualifié d'entreprise privée une association ayant pour objet d'informer, de former et d'éduquer sur les méthodes de construction écologique, dès lors que celle-ci tire la majorité de ses ressources des prestations qu'elle vend à des particuliers et à des entreprises. La commission fait donc application de l'article 432-13 du code pénal et considère que ces dispositions font obstacle à ce que cette association recrute un fonctionnaire de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie ayant instruit deux dossiers de subvention à son profit (Avis n°16E3130 du 12 janvier 2017).

La commission qualifie d'entreprise privée l'Agence France locale – société territoriale. Cette société anonyme a pour objet exclusif de contribuer, par l'intermédiaire d'une filiale, au financement de ses actionnaires, qui sont des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre. Si sa filiale est un établissement de crédit intervenant sur les marchés financiers pour proposer une offre de financement aux collectivités territoriales, l'Agence France locale – société territoriale n'a, elle, pour objet que de détenir et de garantir sa filiale pour le compte de ses actionnaires (Avis n°16T2504 du 6 octobre 2016).

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, l'association sportive adossée à un club sportif professionnel et qui développe une activité économique dans un secteur concurrentiel. La commission a donc exercé et le contrôle pénal et le contrôle déontologique sur le projet présenté par un fonctionnaire de rejoindre l'association sportive en question pour y exercer les fonctions de directeur administratif, sportif et financier (Avis n°16E2241 du 12 septembre 2016).

L'Union des associations européennes de football (UEFA), association de droit suisse regroupant les fédérations nationales de football en Europe, est qualifiée d'entreprise privée en raison notamment de l'origine de ses ressources, tirées des partenariats et des droits de retransmission (Avis n°16E2588 du 6 octobre 2016).

Une société d'économie mixte locale, dont l'objet social est le développement des activités touristiques, notamment par la gestion d'équipements et la commercialisation de prestations, mais aussi par la mise en place d'un office de tourisme sur le territoire d'une communauté de communes, est regardée comme une entreprise privée (Avis n°16T2032 du 12 septembre 2016).

A été considérée comme une entreprise privée exerçant son activité dans le secteur concurrentiel un groupement d'intérêt économique intervenant dans le domaine de l'immobilier avec pour objet la prospection foncière, la réalisation d'études attachées à la constitution d'offres foncières et la négociation avec les propriétaires fonciers (Avis n°16E0880 du 7 avril 2016).

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.

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.

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, qui sont des 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.

La commission a ainsi procédé au seul contrôle déontologique s'agissant de la demande de départ au sein de l'Association nationale des industries alimentaires, association loi de 1901 rassemblant des fédérations professionnelles et des associations régionales dans le secteur de l'agroalimentaire (Avis n°16E0214 du 11 février 2016).

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.

La commission considère ainsi qu'un agent qui exerce à titre bénévole des fonctions de direction d'une société n'exerce pas une activité lucrative au sens de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, alors même qu'il détient des parts dans cette société. En conséquence, la commission n'est pas compétente pour se prononcer sur la compatibilité de cette activité privée avec les fonctions administratives occupées auparavant par l'intéressé (Avis n° 16E0554 du 10 mars 2016).

*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 ainsi que 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.*

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 1^{er} 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 une telle 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.

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.

Lorsqu'un fonctionnaire qui exerce des fonctions de directeur de cabinet a pris le soin de ne jamais connaître de sujets se rapportant à une entreprise qu'il envisage de rejoindre et qu'à la date de cessation de ses fonctions administratives le ministre atteste que cette règle a été respectée durant les trois années précédant son départ, alors la commission estime que l'interdiction prévue à l'article 1er du décret du 26 avril 2007 ne trouve pas à s'appliquer (Avis n°16E2559 du 6 octobre 2016).

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.

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.**

La commission a été amenée à préciser à quelle date elle devait apprécier les liens capitalistiques de la société que l'agent souhaite rejoindre, en examinant le cas d'un agent contractuel de l'Autorité des marchés financiers qui souhaitait exercer une

activité privée lucrative au sein d'une société F dont plus de 30% du capital était détenu par une société M, alors qu'il avait contrôlé dans le cadre de ses fonctions administratives une société M' qui, postérieurement à ce contrôle, avait été fusionnée avec la société M, tout en poursuivant la même activité de gestion de portefeuilles, pour le compte des mêmes personnes. La commission a considéré qu'elle devait apprécier les liens capitalistiques de la société que l'agent souhaite rejoindre à la date à laquelle celui-ci commencera son activité privée, et non pas à la date à laquelle il a exercé son contrôle (Avis n°16E3138 du 12 janvier 2017).

Au cours de l'année 2016, la commission s'est employée à confirmer sa jurisprudence à partir de ces différents éléments.

Elle a, ainsi, considéré que les dispositions de l'article 432-13 du code pénal ne s'appliquaient pas au cas particulier d'agents d'une régie départementale, dotée de la seule autonomie financière, demandant, en vertu des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail, à poursuivre leurs activités professionnelles au sein de l'entreprise s'étant portée acquéreuse du réseau d'installations de communications électroniques mis en place par une collectivité territoriale et dont celle-ci a décidé d'externaliser la gestion (Avis n°16T3265, 16T3267, 16T3266, 16T3264, 16T3263, 16T3262, 16T3261 du 12 janvier 2017).

En revanche, a été considéré comme incompatible le projet d'un fonctionnaire territorial de cesser définitivement ses fonctions afin d'exercer les fonctions d'expert en gestion des ressources naturelles au sein d'une entreprise ayant conclu un marché d'études avec l'établissement public qui l'employait et pour le compte duquel il assurait le suivi de l'exécution de ce marché (Avis n°16T0436 du 10 mars 2016).

De la même façon a été considéré comme incompatible le projet d'un fonctionnaire territorial de rejoindre une entreprise privée qui réalisait des travaux à la demande de la collectivité locale employant l'intéressé, dès lors que c'est précisément à ce dernier qu'il revenait de passer les commandes à l'entreprise, d'en suivre l'exécution et de réceptionner les travaux (16T0544 du 10 mars 2016).

Dans certains cas, l'édiction de réserves permet au projet d'être accepté. Ainsi, n'a pas été considéré comme incompatible le projet d'un fonctionnaire territorial, de cesser définitivement ses fonctions afin d'assurer la gérance d'une société de réparation navale, dès lors qu'il devra s'abstenir de toute intervention personnelle dans l'exécution d'un marché à bons de commandes conclu entre la société qu'il va diriger et la commune qui l'employait (Avis n°16T0885 du 7 avril 2016).

- *La notion de contrôle ou de surveillance*

Les dispositions de l'article A du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007 interdisent à un agent de travailler dans une entreprise privée notamment lorsqu'il a été chargé d'en assurer la surveillance ou le contrôle.

Ainsi, la commission a estimé qu'un contrôleur affecté à une délégation régionale du conseil national des activités privées de sécurité, dont le rôle est d'assurer le respect par les sociétés privées de sécurité de leurs obligations légales et réglementaires en matière de sécurité, ne peut travailler pour une société qu'il a effectivement surveillée, même si le relevé des éventuelles infractions est réalisé en binôme et si l'application de sanctions est décidée par une commission à laquelle l'agent concerné ne participe pas (Avis n°16E0187 du 11 février 2016).

Dans le même secteur, la commission a également émis un avis d'incompatibilité, l'agent ayant, dans le cadre de ses fonctions au CNAPS, contrôlé la société qu'il souhaitait rejoindre (Avis n°16E2715 du 10 novembre 2016).

Un fonctionnaire de la Caisse des dépôts et consignations (CDC) peut exercer une activité au sein de la société Icade, dans laquelle la CDC a une importante participation. Si l'intéressé a siégé en tant que représentant de la CDC au sein du conseil d'administration de cette société, il n'a pas ce faisant été chargé d'un contrôle ou d'une surveillance de nature administrative au sens de l'article 432-13 du code pénal (Avis n°16E1417 du 9 juin 2016).

La constitution d'un groupement de programmation ou d'une entente de programmation, régis par les articles L. 212-19 à L. 212-23 du code du cinéma et de l'image animée, a pour objet d'assurer la programmation des films dans les établissements cinématographiques, dont les exploitants n'ont pas acquis une dimension suffisante sur le marché. La communauté d'agglomération du Pilat rhodanien exploite un petit cinéma de proximité qui réalise 22.000 entrées par an, en programmant une quinzaine de films, par l'intermédiaire d'une entente de programmation, avec laquelle elle a signé une convention. Celle-ci détermine les films qui seront diffusés par le Ciné-Pilat, les place, négocie les conditions de location avec les distributeurs et se rémunère par un pourcentage sur les recettes de chacun des films exposés. La commission a donné un avis favorable sans réserve au départ du fonctionnaire territorial chargé du fonctionnement du cinéma qui souhaitait rejoindre cette entente de programmation pour y exercer les fonctions de programmeur, en considérant que les fonctions de cet agent ne pouvaient être regardées comme le faisant intervenir dans l'exécution de la convention de programmation, à la conclusion de laquelle il n'avait d'ailleurs pas participé, et que la politique de diffusion des films était définie par un comité de pilotage présidé par un élu, l'intéressé n'entretenant que des relations de nature purement culturelle avec l'entente de programmation, sans que celles-ci ne révèlent de conflit d'intérêts dans son projet (Avis n°16T1085 du 9 juin 2016).

La commission a rappelé qu'un fonctionnaire ne pouvait pas rejoindre une société « sœur » de celle dont il a eu à connaître l'activité. L'agent, ingénieur des travaux publics de l'État, avait, à l'occasion de ses fonctions exercées en détachement dans une collectivité territoriale, contrôlé la réalisation de travaux exécutés dans le cadre de marchés publics conclus avec deux sociétés de travaux, dont le capital était détenu à 100 % par un groupe de travaux publics. Il lui a donc été interdit, sur le fondement des dispositions de l'article 432-13 du code pénal, de rejoindre une autre société, filiale elle-

même à 100 % de ce groupe, sans qu'il puisse utilement invoquer que ces sociétés exerçaient leurs activités dans des ressorts géographiques différents (Avis n°16E3051 du 8 décembre 2016).

La commission a donné un avis défavorable au projet d'un membre de cabinet ministériel qui, dans le cadre de ses fonctions, avait visé plusieurs notes émanant des services et destinées au ministre pour solliciter l'accord de ce dernier à une prise de garantie sur des contrats concernant des entreprises du même groupe que celle que cet agent entendait rejoindre (Avis n° 16E2575 du 6 octobre 2016).

En revanche, un technicien territorial responsable de la conception des projets d'eau potable et d'assainissement ainsi que de la préparation des données techniques des dossiers de consultation des entreprises dans le cadre des appels d'offres lancés par la collectivité publique qui l'employait, peut rejoindre une société, spécialisée dans le domaine de l'eau et de l'assainissement, qui s'était portée candidate à l'attribution, par la collectivité publique en question, d'un marché de construction d'une station d'épuration, dans la mesure où l'expertise de l'intéressé a uniquement consisté, sous l'autorité de sa hiérarchie, à examiner la qualité des offres présentées par les entreprises candidates au regard d'un critère n'entrant que pour 10 % dans le classement des offres. Par conséquent, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, la commission a considéré que le technicien territorial ne pouvait pas être regardé comme ayant été chargé d'assurer la surveillance ou le contrôle de la société ou de conclure des contrats de toute nature avec elle, 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 ladite société ou de formuler un avis sur de telles décisions (Avis n°16T2358 du 12 septembre 2016).

C'est également en raison de ce que son rôle a été très limité dans une opération de contrôle qu'un agent contractuel de droit public, chargé d'affaires au sein d'une autorité administrative indépendante en matière de sûreté nucléaire, peut rejoindre l'entreprise EDF dans la mesure où l'intéressé n'est intervenu qu'à titre subsidiaire dans l'instruction du dossier de réexamen décennal de la sûreté de l'installation de la base chaude opérationnelle de l'usine du Tricastin exploitée par celle-ci, ses tâches n'ayant consisté qu'à mettre en forme juridique les préconisations techniques formulées par l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire. Par conséquent, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, la commission a considéré que l'intéressé ne pouvait être regardé comme ayant été chargé d'assurer la surveillance ou le contrôle de la société ou de conclure des contrats de toute nature avec elle, 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 ladite société ou de formuler un avis sur de telles décisions (Avis n°16E3238 du 12 janvier 2017).

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

La commission veille strictement au respect de l'interdiction pour les personnes souhaitant rejoindre une entreprise privée de ne pas avoir passé de marchés publics avec cette entreprise ou de formuler un avis sur de tels contrats,

Ainsi, le projet d'un ingénieur territorial souhaitant rejoindre la société Engie-Cofély Services comme ingénieur commercial est regardé comme incompatible avec ses fonctions précédentes, dès lors que l'intéressé a exercé les fonctions de chargé de mission énergie-plan climat au sein de la communauté d'agglomération « Pôle Azur Provence », puis les fonctions de responsable du service climat-air-énergie au sein de la direction des études et du développement de la communauté d'agglomération du Pays de Grasse, fonctions qui l'ont amené à donner un avis sur les offres déposées dans le cadre d'une délégation de service public portant sur la conception et la réalisation de travaux d'amélioration d'installations de chauffage, et ce, même s'il n'a pas assisté à la commission d'ouverture des plis, puis à assurer le suivi des consommations d'énergie pour vérifier la réalisation des objectifs de performance fixés contractuellement (Avis n° 16T0193 du 11 février 2016).

Un agent de la délégation générale à l'armement, chargé de participer à la rédaction du cahier des clauses techniques et à l'analyse des offres d'un marché remporté par la société qu'il souhaitait rejoindre et également chargé de coordonner les avis techniques rendus par les différentes composantes de la direction sur les prestations rendues par cette société, a été regardé comme ayant ainsi formulé un avis sur un contrat liant l'État à la société qu'il souhaitait rejoindre, ce qui faisait obstacle à son projet (Avis n°16E1137 du 12 mai 2016).

La commission a émis un avis d'incompatibilité sur le projet d'un agent de la direction interarmées des réseaux d'infrastructures et des systèmes informatiques chargé d'assurer la maîtrise d'ouvrage de contrats exécutés par la société qu'il souhaitait rejoindre et, en particulier, de traduire les besoins exprimés par les clients de la direction en spécifications techniques servant à l'établissement des documents contractuels. Alors même qu'il n'avait pas d'influence sur le choix de la société, celle-ci intervenant dans le cadre d'un marché à bons de commande, il a été regardé comme ayant formulé un avis sur un contrat liant l'Etat à cette société (Avis n°16E1190 du 12 mai 2016).

Les dispositions pénales s'interprétant de manière stricte, la Commission considère qu'un agent de la Caisse des dépôts et consignations (CDC) qui a signé des conventions de crédit relatives aux prêts de refinancement de prêts locatifs sociaux ainsi qu'une convention-cadre de cession de créances professionnelles, ne peut rejoindre la banque signataire desdites conventions. La circonstance que la procédure de refinancement est fixée par décret, et donc que l'agent en cause ne dispose pas de marge d'appréciation, est sans incidence sur sa situation, dès lors qu'il a signé des conventions, de quelque nature qu'elles soient, avec l'établissement bancaire qu'il souhaite rejoindre (Avis n° 16E3049 du 8 décembre 2016).

Saisie par un agent contractuel chargé de l'évaluation économique des médicaments de ville au sein de la direction de la sécurité sociale du ministère des affaires sociales et de la santé d'une demande tendant à l'exercice d'une activité privée lucrative au sein d'une société commercialisant des médicaments de ville, la commission a émis un avis défavorable, au motif que cet agent avait rendu des avis techniques au comité économique des produits de santé (CEPS) sur les prix de vente au public proposés par cette société, la circonstance que l'agent ne disposait pas au sein du CEPS d'une voix délibérative étant sans influence sur l'appréciation de la commission (Avis n°16E2666 du 12 janvier 2017).

La commission a considéré qu'un agent territorial, dont les fonctions de responsable du patrimoine comprenait la participation aux assemblées générales des copropriétés en représentation de la commune, ne pouvait rejoindre un des syndicats de copropriété gestionnaires, dans la mesure où sa participation aux assemblées lui permettait de prendre des décisions sur la gestion et le renouvellement de ce syndicat, quand bien même la ville ne serait pas en mesure d'imposer son choix et par là même de favoriser le syndicat en raison du mécanisme de pondération institué par l'article 22-1 al.2 de la loi du 10 juillet 1965 (Avis n°16T2962 du 8 décembre 2016).

La commission, ayant qualifié d'entreprise privée une association ayant pour objet d'informer, de former et d'éduquer en matière de construction écologique, l'article 432-13 du code pénal fait obstacle à ce que cette association recrute un fonctionnaire de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie ayant instruit deux dossiers de subvention à son profit (Avis n°16E3130 du 12 janvier 2017).

Un agent d'une communauté d'agglomération ne peut rejoindre une société membre d'un groupement d'entreprises ayant remporté un marché attribué par son administration dès lors que, dans le cadre de ses fonctions, il a émis les certificats de service au vu desquels les honoraires de cette société ont été réglés (Avis n°16T1366 du 9 juin 2016).

Un chargé de recherches du CNRS, exerçant les fonctions de directeur du centre de calcul de la région Midi-Pyrénées, unité mixte de service de l'établissement, ne peut rejoindre la société Atos-Bull, dès lors que, désigné comme porteur scientifique du marché portant sur l'acquisition d'un système de stockage et de gestion de la donnée scientifique du centre de calcul, il a été membre du groupe de travail chargé de définir puis d'analyser les critères de classement des offres, notamment les critères financiers, et qu'il a ensuite participé à l'analyse des offres, dont celle de la société Atos-Bull, ainsi qu'à la rédaction du rapport de synthèse pour la commission d'appel d'offres. (Avis n°16E2936 du 8 décembre 2016).

En revanche, un agent de la direction générale de l'armement, chargé d'assurance qualité sur le programme des hélicoptères NH 90, bien qu'ayant participé au processus conduisant à la délivrance de l'assurance de la qualité des prestations fournies par la société Airbus Helicopters dans le cadre des visites d'entretien de ces appareils, n'a pas été regardé comme ayant formulé un avis au sens de l'article 432-13

du code pénal, compte tenu de la nature des avis techniques qu'il avait formulés dans cette activité, de son niveau de responsabilité et de ce que d'autres chargés d'assurance qualité et d'autres entités de la direction générale de l'armement intervenaient dans ce processus complexe. (Avis n°16E1190 du 12 mai 2016).

La commission a, de même, considéré qu'un ingénieur de l'université Pierre et Marie Curie, bien qu'il ait été présent à des réunions relatives aux marchés conclus entre cette entreprise et l'université n'a pas conclu de contrat au sens du 2° de l'article précité en raison de son rôle indirect et subsidiaire, sans effet sur la décision, ainsi que de l'absence de toute habilitation pour engager l'université (Avis n° 16E0877 du 7 avril 2016).

Un ingénieur territorial qui a été chargé du suivi de l'exécution d'un marché d'études conclu par le département de la Charente et l'institution interdépartementale pour l'aménagement du fleuve Charente et de ses affluents avec un groupement d'entreprises, dont la société qu'elle souhaite rejoindre est mandataire, et qui avait pour objet la récupération des coûts durables du soutien d'étiage de la Charente par deux barrages, ce qui l'avait conduit à transmettre des données de base nécessaires à la réalisation de l'étude, à valider les comptes rendus du comité de pilotage de celle-ci et à viser les factures transmises par le titulaire du marché, n'a pas été regardé comme ayant proposé directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ou comme ayant formulé un avis sur de telles décisions, en l'absence de toute intervention directe dans le suivi de ce marché (Avis n° 16T0935 du 12 mai 2016).

La commission donne un avis favorable au projet d'un agent de l'Agence des participations de l'Etat (APE) de rejoindre l'Agence française du développement même s'il avait participé, dans le cadre de ses fonctions, à la réflexion menée par l'Etat sur le rapprochement entre l'agence et la Caisse des dépôts et consignations. En effet, cette réflexion ne touchait qu'à l'organisation administrative et non aux opérations réalisées par l'AFD (Avis n°16E2516 du 6 octobre 2016).

- 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.

Ainsi, le projet d'un juriste exerçant au sein de la direction des affaires juridiques de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), autorité de régulation dans le domaine des transports ferroviaires et routiers, souhaitant rejoindre la société SNCF Mobilités est incompatible avec les fonctions qu'il a exercées au sein du régulateur, dès lors qu'il a été associé à plusieurs études et analyses de saisines de la société qu'il souhaitait rejoindre, conduisant la commission à conclure

qu'il avait formulé plusieurs avis sur des opérations réalisées par la société SNCF Mobilités (Avis n° 16E2579 du 6 octobre 2016).

En revanche, la commission écarte le risque pénal dans le cas d'un maître de conférences, qui demande à être placé en disponibilité pour exercer les fonctions de directeur scientifique et technique d'une SAS qui a pour objet le développement de solutions d'analyse de mégadonnées en temps réel et qui valorise certains de ses travaux de recherche. Cet agent peut rejoindre cette société, dès lors qu'il n'a pas conclu de contrats avec cette entité dans ses fonctions administratives et n'a pas proposé directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ou formulé des avis sur de telles décisions. Du point de vue déontologique, l'intéressé devra s'abstenir de toute relation commerciale avec l'université qui l'employait, en dehors des possibilités ouvertes par le code de la recherche (Avis n° 16E3136 du 12 janvier 2017).

2) Le respect des critères déontologiques

Lorsqu'un agent quitte son administration pour exercer une activité de prestataire de services, la commission lui demande généralement, selon les circonstances, soit de ne pas proposer ses services à son ancienne administration soit de ne le faire que dans le cadre d'appels publics soumis aux règles de concurrence. La commission peut cependant être amenée à prendre en compte l'intérêt général qui s'attache à ce que l'administration puisse bénéficier des prestations rendues par l'agent dans des hypothèses exceptionnelles où ce dernier dispose de compétences rares. Il en va ainsi pour un ancien fonctionnaire de sécurité de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale qui est l'un des rares spécialistes des risques liés à la sûreté biologique et à la mise en place de programmes de recherche duale (Avis n°16E2506 du 6 octobre 2016).

Saisie du départ du directeur général du Trésor vers un fonds d'investissement franco-chinois, la commission a classiquement demandé à l'intéressé de s'abstenir de toute relation professionnelle, à son initiative, avec son ancienne administration centrale. Elle a, confirmant sa jurisprudence, exclu de cette réserve les échanges portant sur des informations accessibles à toute entreprise (Avis n°16E1228 du 12 mai 2016).

A été considérée comme incompatible l'activité de travailleur indépendant devant s'exercer dans le cadre d'une convention d'assistance et de conseil financier auprès d'un service déconcentré de la présidence d'un territoire d'outre-mer présentée par l'ancien secrétaire général du Haut-commissariat de la République de ce même territoire. La commission a considéré que l'intéressé ayant cessé ses fonctions administratives au sein du Haut-commissariat précité depuis moins de trois ans, l'activité envisagée pour le compte de la présidence de ce territoire était de nature à porter atteinte à la dignité de ses fonctions précédentes, à risquer de compromettre et de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance et la neutralité du service (Avis n°16E3280 du 12 janvier 2017).

- *La notion de dignité des fonctions administratives*

Cette notion trouve souvent à s'appliquer dans des 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 qui méconnaît le monopole légal de ces professions est évidemment contraire à la dignité des fonctions publiques de l'intéressé. 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).

Cette situation est encore plus prégnante lorsque l'activité envisagée met en œuvre des pratiques contestables sur le plan scientifique, en tout cas non reconnues par la communauté scientifique. Ainsi, la *kinésiologie* constitue une méthode de rééquilibrage énergétique qui, selon les termes du Guide « Santé et dérives sectaires » établi le 10 avril 2012 par la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES), figure parmi les pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique recensées comme présentant un risque de dérive sectaire. Dès lors, la commission considère que l'exercice de cette méthode est susceptible de méconnaître la dignité des fonctions administratives de l'agent. Cette solution, retenue régulièrement dans le cadre d'un cumul d'activités, l'a été également pour une greffière de tribunal souhaitant exercer cette pratique dans le cadre d'une disponibilité (16E0897 du 7 avril 2016).

- *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.

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.

- 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 ».

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 demande d'autorisation de cumul d'activités présentée par un doctorant contractuel a fait l'objet d'un examen par la commission, qui s'est reconnue compétente pour examiner le projet de cet agent public, chargé de cours à l'université, qui souhaitait créer une plateforme internet mettant en relation des orthoptistes et des ophtalmologistes afin de faciliter le dépistage de la rétinopathie diabétique. Le projet ne présentait aucun risque pour le fonctionnement du service, ne concernait d'ailleurs pas l'université et devait constituer l'activité principale du demandeur au terme de ses études en doctorat (Avis n°16E0884 du 7 avril 2016).

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 elles.¹¹

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.

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

¹¹ Avis n° 13E2111 du 16 janvier 2014.

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

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 du 2 février 2007, l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée « *de plein droit* » à l'agent qui crée ou reprend une entreprise. Il arrive que l'administration, lorsqu'elle porte une appréciation sur le cumul d'activités de l'agent, dans le formulaire transmis à la commission, émette un avis défavorable à ce cumul en estimant que le temps de travail de cet agent sera insuffisant au regard des nécessités du service. Mais, les critères sur le fondement desquels se prononce la commission sont de nature déontologique, sans relation directe avec les besoins du service. Il appartient 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 des décrets du 26 avril 2007 ou du 2 mai 2007, dès lors que l'activité envisagée ne pourrait être créée sur le fondement du code de la recherche, soit que les fonctions qu'exerce l'intéressé n'aient 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.

La commission n'est pas, non plus, compétente pour examiner la demande de poursuite d'une activité d'auto-entrepreneur, dès lors que l'intéressé n'a pas la qualité de dirigeant de société (Avis n° 16E2734 du 10 novembre 2016).

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 du 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 entreprise¹³

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.

¹³ Avis n° 15T0752 du 9 avril 2015

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.

Avant l'entrée en vigueur de **la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires**, le III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 disposait que : « *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.* ».

Sur le fondement de ce texte, la commission s'estimait incompétente pour connaître des demandes de cumul relatives à la création d'entreprises destinées à la gestion du patrimoine personnel ou familial des agents publics, que ceux-ci y participent en qualité d'associés (Avis n°14E1451 du 1^{er} septembre 2014), de co-gérant (Avis n°14E1548 du 15 septembre 2014) ou même de gérant d'une SCI familiale (Avis n°13E1329 du 12 septembre 2013 ; Avis n°13E2124 du 23 décembre 2013). En revanche, la commission retrouvait sa compétence pour répondre aux demandes de cumul portant sur la création d'une SCI dont le capital était partagé avec un tiers (Avis n°14T321 du 12 février 2015) ou lorsque l'activité envisagée nécessitait la mise en œuvre de moyens matériels et intellectuels lui conférant un caractère professionnel (Avis n°13E1329 du 12 sept 2013).

Alors même que **la loi du 20 avril 2016** a fait disparaître le III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, la commission de déontologie a considéré que le législateur n'avait pas eu pour intention de remettre en cause la liberté des agents publics de gérer leur patrimoine personnel ou familial. Compte tenu des termes du I du nouvel article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983, l'interdiction faite aux agents de cumuler leurs fonctions administratives avec une activité privée impliquant la création d'entreprise a été interprétée comme étant circonscrite à l'hypothèse dans laquelle cette entreprise est le support d'une véritable activité professionnelle. En application des III de l'article 25 septies et II de l'article 25 octies, c'est dans cette seule hypothèse que la commission est chargée d'examiner la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise par un agent public.

La commission a précisé dans plusieurs avis que ce caractère professionnel devait être apprécié en tenant compte de différents indices tels que la forme juridique de l'entreprise, la nature et l'ampleur de l'activité, les moyens matériels et intellectuels mis en œuvre ou encore, le cas échéant, la répartition du capital (Avis n°16T1850 du 7 juillet 2016). Selon cette grille d'analyse, la création d'une SCI dont le capital est partagé entre un fonctionnaire et son épouse et dont il assure la gérance ne relève pas des interdictions énumérées par l'article 25 septies, ni de la compétence de la commission (Avis n°16E1826 du 7 juillet 2016). De même, la création d'une autoentreprise ayant pour objet la gestion de chambres d'hôtes ne relève pas de la compétence de la commission de déontologie si ces chambres sont peu nombreuses, situées à l'intérieur de la résidence principale de l'agent et qu'elles ne sont offertes à la

location que les week-ends et durant les périodes de congé du fonctionnaire (Avis n°16T1779 du 7 juillet 2016).

En outre, 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.

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 (...)* ».

La commission a considéré que la création et la production de films publicitaires constituait une œuvre de l'esprit au sens de l'article L.112-2 du code de la propriété intellectuelle et s'est, en conséquence, déclaré incompétente pour examiner la demande d'un adjoint technique communal souhaitant créer une activité de réalisation de films publicitaires (Avis n° 16T1079 du 12 mai 2016).

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 2016 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 souligner à nouveau 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*.

Ainsi, 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, ainsi qu'une activité exercée dans des exploitations constituées sous forme de société civile ou commerciale » figurant dans la liste des activités dites accessoires, un adjoint administratif souhaitant effectuer en cumul, sous le statut d'exploitant solidaire, une activité agricole ayant pour objet de valoriser des variétés anciennes de pommes, une race de moutons, de transformer des plantes aromatiques et ainsi de s'occuper d'un

patrimoine familial comprenant une propriété avec 8.5 hectares de terrain, entre dans le cadre des activités accessoires, indépendamment de la quotité de temps partiel dont l'agent demande à bénéficier (Avis n°16T2072 du 12 septembre 2016).

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.

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, comme par exemple une société à responsabilité limitée (SARL) ou une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)¹⁴. 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

¹⁴ 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 2007¹⁵.

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.

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 celle-ci, 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^o de l'article 2 : activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation)

¹⁵ Avis n°14T086 du 13 novembre 2014.

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.

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.

Ainsi, 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.

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.

La commission a également rendu un avis défavorable sur la demande d'un adjoint administratif des services départementaux du Var qui souhaitait exercer en cumul une activité de vente à domicile de « sextoys ». Une telle activité ayant nécessairement un périmètre local, l'agent était susceptible de rencontrer dans ce cadre des personnes avec lesquelles il est en relation professionnelle et d'affecter la dignité de ses fonctions administratives (Avis n°16T0560 du 10 mars 2016).

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

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

1 - Exemples d'avis favorables sous réserve

La commission a été saisie de la demande d'un praticien hospitalier assumant la responsabilité médicale d'un SMUR et occupant également les fonctions de directeur-adjoint d'un SAMU, qui souhaitait exercer, en cumul d'activités, la direction d'une société dont l'objet principal était « le développement de solutions « *full web* » collaboratives pour la gestion globale, la sécurisation, la standardisation et

l'optimisation des situations de crise ». Au cours de l'instruction, il est apparu que l'intéressé avait développé, hors de son temps de service, un logiciel en vue de gérer, globalement et dès son identification, une situation de crise en matière d'organisation des secours et de prise en charge hospitalière des victimes. La commission a émis un avis de compatibilité sous réserve que, pendant la durée du cumul d'activités, le praticien ne noue pas de relations commerciales d'une part, avec le centre hospitalier qui l'emploie ce qui implique que l'utilisation du logiciel par celui-ci soit gratuite, et d'autre part, avec les autres établissements publics de santé du département, dans lequel le SAMU pour lequel il exerce a son ressort territorial, ainsi que l'ensemble des services d'urgence et de secours faisant l'objet d'une coordination par ce SAMU (Avis n° 16H0740 du 7 avril 2016).

La commission a émis un avis de compatibilité avec réserve dans le cas particulier d'une demande de cumul d'activité sous forme d'autoentreprise sollicité par un agent contractuel exerçant des fonctions de gestionnaire de bases de données au sein d'un comité de coordination de la lutte contre l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine (COREVIH). Cet agent souhaitait proposer des services de « datamanager », consistant en la création, la gestion ou le regroupement de bases de données médicales et biomédicales, le contrôle qualité de ces données, l'extraction et l'analyse de ces dernières ainsi que la production de rapports statistiques. Au cours de l'instruction, il est apparu que les clients de l'intéressée lui fourniraient des données préalablement anonymisées et assureraient les formalités de déclarations des bases de données ainsi constituées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Dans cette configuration, il n'est pas apparu que le cumul envisagé par l'intéressée serait 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 elle est employée, sous réserve qu'elle s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activités, d'utiliser des données sur les patients, dont elle a eu, a ou aura à connaître dans le cadre de ses fonctions administratives et plus généralement, de traiter des données médicales ou biomédicales relatives à des patients atteints par le VIH traités dans la région concernée ainsi que de nouer des relations professionnelles avec le centre hospitalier universitaire (CHU) dans lequel elle est employée, y compris le COREVIH en relevant (Avis n° 16H0746 du 7 avril 2016).

Elle a également rendu un avis favorable sous réserve sur la demande d'un agent contractuel exerçant les fonctions de directeur général adjoint des services en charge du développement économique de l'emploi et de la formation professionnelle au sein d'une communauté d'agglomération, qui souhaitait réactiver l'activité d'une entreprise, en sommeil depuis 2006 et spécialisée dans le conseil stratégique aux entreprises en vue de leur développement commercial. La commission a considéré qu'il n'avait pu contrôler ou surveiller cette entreprise sans activité depuis plusieurs années et que le cumul ne pourrait porter atteinte au fonctionnement normal du service, à son indépendance ou sa neutralité sous réserve qu'il s'abstienne d'une part, de nouer des relations commerciales avec toute entreprise dont il aurait eu à connaître ou pourrait avoir à connaître dans ses fonctions administratives, d'autre part d'entretenir toute

relation avec la communauté d'agglomération et les communes qui en sont membres ou de participer à des projets de développement d'entreprises clientes sur le territoire de la communauté. La commission y a ajouté l'interdiction de faire état de sa qualité d'agent public et de directeur général adjoint de la communauté d'agglomération (Avis n° 16T1382 du 7 juillet 2016).

2 - 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.

3 - 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.

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

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

La commission de déontologie s'appuie, pour apprécier les risques susceptibles de porter atteinte à la dignité de l'agent quand il souhaite exercer une pratique non conventionnelle à visée thérapeutique sur plusieurs éléments, dont la mention d'une telle activité parmi celles recensées comme présentant des risques de dérives sectaires dans le guide « Santé et dérives sectaires » établi le 10 avril 2012 par la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES), diffusé sur le site internet de la mission.

Le magnétisme figure parmi les pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique recensées par la MIVILUDES. Par ailleurs, dans un arrêt du 9 décembre 2009, n° 09-83.357, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi

formé contre un arrêt de la cour d'appel de Nîmes par lequel un magnétiseur avait été reconnu coupable d'exercer de manière illégale la médecine au motif, notamment, que des impositions de mains s'analysent comme des traitements du fait de leur visée curative et de leur objet qui consiste à soulager et soigner des patients.

Pour ces motifs, la commission a considéré que l'exercice d'une activité privée lucrative de magnétiseur ne saurait être cumulé avec l'exercice des fonctions administratives d'un ingénieur hospitalier. De même, a été considéré comme incompatible le projet d'un fonctionnaire territorial de cumuler ses fonctions administratives avec l'exercice d'une activité de magnétiseur, également de nature à porter atteinte à la dignité des fonctions administratives (Avis n°16T0543 du 10 mars 2016 et Avis n°16H1078 et Avis n° 16T1374 du 9 juin 2016).

L'« access bars » a pour objet de libérer tous les blocages liés à la conscience et aux émotions par pression sur certains points de la tête. Il s'agit d'une méthode de rééquilibrage énergétique, assimilable aux techniques expressément mentionnées par la MIVILUDES au titre des pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique recensées comme présentant un risque de dérive sectaire. Cette activité ne bénéficie par ailleurs d'aucune reconnaissance par les autorités scientifiques ou universitaires. La commission a considéré que, dès lors, l'exercice d'une activité lucrative fondée sur la pratique de l'« access bars » ne saurait être cumulé avec l'exercice des fonctions administratives d'un agent des finances publiques sans porter atteinte à la dignité de ses fonctions (Avis n°16E1475 du 9 juin 2016).

La kinésiologie, dont il a déjà été fait mention, est recensée dans le guide « Santé et dérives sectaires » établi par la MIVILUDES, comme présentant un risque de dérive sectaire. Dès lors, la commission a considéré que cette activité, y compris dans la dimension d'aide à l'apprentissage, qui ne bénéficie d'aucune reconnaissance par les autorités scientifiques ou administratives, ne pouvait être exercée en cumul par une éducatrice auprès de jeunes enfants sans porter atteinte à la dignité des fonctions administratives de l'intéressée (Avis n°16T1086 du 9 juin 2016 et, pour une assistante socio-éducative : Avis n° 16T2910 du 8 décembre 2016).

La commission rejette également la demande de cumul d'activités présentée par une infirmière souhaitant effectuer de l'« hydrothérapie du côlon » dans la mesure où cette pratique ne bénéficie d'aucune reconnaissance par les autorités scientifiques ou universitaires et peut présenter un danger pour la santé du patient. Ainsi, au regard des risques graves mis en exergue par le centre d'information et de prévention sur les psychothérapies abusives et déviantes (CIPPAD) et le conseil national contre les fraudes en santé américain, à la suite de décès liés à l'usage de cette pratique, la commission a considéré que l'exercice d'une activité lucrative fondée sur ce procédé ne saurait être cumulé avec l'exercice des fonctions administratives de l'intéressée sans porter atteinte à la dignité de celles-ci (Avis n°16H1360 du 9 juin 2016).

A été considéré comme incompatible le projet d'un brigadier de police municipale de cumuler ses fonctions administratives avec l'exercice d'une activité de

naturopathe, constitutive d'une pratique non conventionnelle à visée thérapeutique et de nature à porter atteinte à la dignité des fonctions administratives (Avis n°16T0438 du 10 mars 2016).

La commission a considéré qu'une activité de « pranathérapie », consistant à dégager les blocages et congestions au moyen d'un cristal pour diriger une « nouvelle énergie vitale » vers les zones affectées, entrant dans la catégorie des pratiques énergétiques non conventionnelles à visée thérapeutique recensées comme présentant un risque de dérive sectaire (Avis n° 16H1379 du 9 juin 2016).

L'activité d'astrothérapeute, consistant à apporter un accompagnement thérapeutique via l'astrologie pour soulager les souffrances psychologiques, n'a fait l'objet d'aucune appréciation, a fortiori d'aucune reconnaissance par les autorités scientifiques ou administratives, de telle sorte que la demande d'autorisation d'exercice de cette pratique par un attaché territorial a été rejetée, la commission considérant le cumul d'activités projeté comme contraire à la dignité des fonctions (Avis n° 16T1194 du 9 juin 2016).

La commission adopte la même appréciation sur la technique dite du « toucher métamorphique », qui est également une pratique énergétique, fondée sur la stimulation de la colonne vertébrale par massages de points réflexes ou méridiens sur les pieds, les mains et la tête, mais ne bénéficie d'aucune reconnaissance par les autorités scientifiques ou universitaires ou professionnelles (Avis n°16E0764 du 7 avril 2016). De même, une activité d'énergéticienne, à visée thérapeutique en complément de la médecine traditionnelle, ne saurait être exercée en cumul par un adjoint administratif (Avis n° 16T1080 du 9 juin 2016). L'activité de thérapeute en médecine symbolique, se rattachant également aux pratiques énergétiques, est incompatible avec les fonctions publiques exercées par un adjoint administratif principal (Avis n° 16E2244 du 12 septembre 2016).

Ce même raisonnement a été appliqué au « détachement des traumatismes », une pratique de rééquilibrage psychique proche de l'« emotional freedom training » (EFT), susceptible de dérive sectaire et dont l'efficacité ne fait l'objet d'aucune reconnaissance par les autorités scientifiques ou universitaires. La commission s'est dès lors prononcée sur l'incompatibilité de cette pratique avec des fonctions de professeur des écoles. Elle a, en revanche accepté que cette personne puisse exercer une activité de « coaching », intégrant notamment du conseil en organisation personnelle, sous réserve que l'intéressée s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activités, de tout acte réservé aux professions paramédicales réglementées, de tout acte constituant l'exercice illégal de la médecine réprimé par l'article L. 4161-1 du code de la santé publique et de prendre en charge des usagers avec lesquels elle a été, est ou sera en contact dans le cadre de ses fonctions administratives (Avis n°16E1363 du 9 juin 2016).

L'exercice d'une activité de rebouteux envisagée par une fonctionnaire hospitalière ne saurait être cumulé avec l'exercice de ses fonctions administratives sans porter atteinte à la dignité de ces fonctions. En revanche, l'exercice d'une activité de

massage de bien-être n'a pas été considéré comme incompatible sous les mêmes réserves relatives aux monopoles des professions médicales et paramédicales et à la recherche de clientèle (Avis n°16H2345 du 12 septembre 2016).

Lorsque le demandeur présente un projet d'activités multiples, la commission examine chacune d'entre elles. Elle s'est ainsi prononcée de façon favorable sur la demande de cumul d'un inspecteur des finances publiques souhaitant exercer une activité d'hypnose éricksonienne, discipline faisant l'objet d'une reconnaissance des autorités scientifiques et universitaires, sous réserve que l'intéressé s'abstienne d'accomplir des actes paramédicaux réservés aux professions réglementées de santé, tout acte constituant l'exercice illégal de la médecine réprimé par l'article L. 4161-1 du code de la santé publique, de prendre en charge des personnes avec lesquels il a été, est ou sera en contact dans le cadre de ses fonctions administratives et de ne pas faire état de son activité lucrative de praticien en hypnose éricksonienne sur le lieu d'exercice de ces fonctions. Elle a, en revanche, déclaré incompatible la demande de l'intéressé de mettre en œuvre des techniques de programmation neurolinguistique (PNL) et de restructuration profonde en système neurologique (DNR), qui constitue un développement de la première pratique, ajoutant des mouvements à la stimulation bilatérale du cerveau. La programmation neurolinguistique figure, en effet, parmi les pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique recensées par la MIVILUDES comme présentant un risque de dérive sectaire, et pouvant dès lors porter atteinte à la dignité des fonctions administratives de l'intéressé (Avis n°16E1430 du 9 juin 2016).

La commission a confirmé cette analyse en donnant un avis favorable à la demande d'un rédacteur administratif souhaitant débiter une activité d'hypnose éricksonienne, mais a considéré que l'activité de reiki que l'intéressé souhaitait également mettre en pratique était, elle incompatible avec ses anciennes fonctions, car présentant un risque de dérive sectaire (Avis n° 16T0427 du 10 mars 2016).

Si le guide « Santé et dérives sectaires » établi par la Miviludes mentionne les techniques de « thérapie du rêve éveillé » comme étant tenues pour responsables de mise sous emprise des patients, celles-ci se rapprochent de la psychanalyse et font l'objet d'une reconnaissance par la Fédération française de psychothérapie et de psychanalyse. Dans ces conditions, la commission donne un avis favorable à la demande d'un agent souhaitant cumuler ses fonctions avec une activité privée fondée sur cette technique, en lui rappelant les interdictions de l'exercice illégal de la médecine ainsi que des autres professions réglementées et en lui demandant de ne pas avoir pour clients les personnes avec lesquelles elle est en contact dans le cadre de ses fonctions administratives (Avis n°16E2561 du 6 octobre 2016).

La commission admet qu'un agent puisse exercer, en cumul d'activités, une activité mettant en œuvre la technique d'identification des peurs inconscientes (TIPI) dès lors que celle-ci qui a pour objectif de faire disparaître certaines peurs qui sont à l'origine de troubles tels que l'angoisse, l'irritabilité, les phobies, qui peuvent se réactiver dans certaines situations, se limite à mettre une personne en situation de les revivre sensoriellement et n'a pas fait l'objet de mises en garde. L'exercice d'une

activité mettant en œuvre cette méthode est assortie des mêmes réserves tenant au respect des monopoles des professions paramédicales réglementées et de tout acte constituant l'exercice illégal de la médecine (Avis n°16H2351 du 12 septembre 2016).

La commission a considéré s'agissant de demandes pour exercer des activités de massage ou de bien-être, à l'exemple du shiatsu et de la réflexologie plantaire, que bien que ces pratiques constituent des méthodes de rééquilibrage énergétique, le ministre chargé de la formation professionnelle enregistre au sein du répertoire national des certifications professionnelles (RNCP), des titres ou certifications qui y sont relatifs. Elle en a conclu que dès lors, l'exercice de ces activités en cumul d'une fonction administrative ne constituait pas une atteinte à la dignité de ces dernières, sous réserve que l'agent respecte un certain nombre de conditions. Ainsi, il ne lui est pas possible de faire état de sa qualité d'agent public. Il doit également veiller à ne pas prendre en charge des personnes rencontrées dans l'exercice de ses fonctions ou d'exercer toutes démarches commerciales au bénéfice de son activité privée sur les lieux de ses fonctions administratives. Enfin, une vigilance particulière lui est demandée pour qu'il s'abstienne de tout comportement susceptible de faire obstacle à la poursuite d'un traitement médical et de tout acte susceptible de caractériser l'exercice illégal de la médecine ou l'exercice de pratiques paramédicales réservées par la législation à une profession réglementée (Avis n°16E0784 et 16E0748 du 7 avril 2016).

Se rapprochant des techniques de massage et de bien-être, le massage ayurvédique et le massage selon la technique dite « chi nei tsang » ainsi que le lifting manuel du visage peuvent être exercés en cumul, sous les réserves habituelles du respect des monopoles des professions médicale et paramédicales.

Par un avis n° 16H3015 du 8 décembre 2016, la commission est revenue sur la position qui avait jusqu'alors été la sienne s'agissant de la technique dite de « résonance énergétique par stimulation cutanée » (RESC). Constatant que cette pratique non conventionnelle ne prétend à aucune visée thérapeutique et est couramment mise en œuvre au sein d'établissements de santé, la commission renonce à identifier la RESC à une « pratique énergétique permettant de rééquilibrer les énergies du corps », catégorie présentée par la MIVILUDES, à l'occasion de son rapport 2007, comme présentant un risque de dérive sectaire. Elle a, par conséquent, rendu un avis de compatibilité sur un projet d'exercice en cumul de cette activité dans le cadre d'une création d'entreprise (Avis n°16H3015 du 8 décembre 2016).

*

* *

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 commission¹⁶. 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 consultation, 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.

¹⁶ 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*¹⁷

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 favorable¹⁸.

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 évolué (Avis n° 16R1201 du 12 mai 2016).

A l'expiration de l'autorisation, l'agent doit céder sa participation dans un délai d'un an et ne peut conserver aucun intérêt dans l'entreprise, sauf s'il est rayé des cadres ou mis en disponibilité, nonobstant les dispositions du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 alors en vigueur (Avis n° 16R0618 du 10 mars 2016).

• **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

¹⁷ (Avis n° 00.AR0083 du 23 novembre 2000).

¹⁸ (Avis n° AR.025 du 13 mai 2009).

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° 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° 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 ;

- 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.

- Enfin, le décret n° 2015-1176 du 24 septembre 2015 relatif à l'organisation et au régime administratif et financier de l'Ecole polytechnique (article 35).

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	2016
nombre d'avis	78	80	82	122	121	122	70	122	103	128

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 était marquée par une nouvelle baisse, 103 dossiers seulement ayant été enregistrés au cours de cette année. Le nombre des dossiers enregistrés en 2016 renoue à nouveau avec le niveau des années 2010 à 2012 pour atteindre 128 dossiers.

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 travaux¹⁹.

1.3 CAS DE SAISINES

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

	2012	2013	2014	2015	2016	Moyenne
L. 531-1	9,84	17,14	8,2	6,8	17,97	11,99
L. 531-8	87,7	78,57	91,8	91,26	78,12	85,49
L. 531-12	2,46	4,29	0	1,94	3,9	2,52
Total	100	100	100	100	100	100

En 2016, près de 8 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 cinq demandes présentées sur le fondement de l'article L.531-12, en vue d'autoriser un chercheur à participer à un conseil d'administration.

La commission a eu l'occasion, en 2016, 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.

1.4 ORIGINE DES SAISINES

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

¹⁹ Avis 10.A0665 du 23 juin 2010

Pour faciliter la lecture du tableau suivant, seuls les principaux établissements ont été mentionnés parmi ceux ayant saisi la commission. En 2016, on retrouve en tête de classement la présence de l'un des principaux établissements de recherche français, le CNRS, ainsi que l'INSERM. Parmi les universités, il convient de souligner le nombre relativement important de saisines émanant de l'Université Pierre et Marie Curie ainsi que des Universités de Besançon-Franche-Comté et 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 – 2016

	Favorable	Favorable sous réserve	Défavorable	Défavorable en l'état	Incompétence	Total
CNRS	1	25	-	-	-	26
INSERM	2	12	-	-	-	14
INRIA	-	1	-	-	-	1
Univ. Aix Marseille	-	7	-	-	-	7
Univ. Montpellier	-	3	-	-	-	3
Univ. Besançon-Franche-Comté	1	5	-	2	-	8
Univ. Lille 1	-	5	-	-	-	5
Univ. Amiens-Picardie	-	3	-	-	-	3
Univ. Paris 11-Sud	-	4	-	-	-	4
Univ. Paris 12 Est-Créteil	-	2	-	-	-	2
Univ. Pierre et Marie Curie	-	9	-	-	2	11
Univ. Strasbourg	-	3	-	-	-	3
Univ. Tours François Rabelais	-	2	-	-	-	2
Lyon 1 Claude Bernard	-	3	-	-	-	3
Hôpitaux universitaires St Louis Lariboisière Fernand Widal	-	2	-	-	-	2
CHR Orléans	-	3	-	-	-	3
INSA Lyon	-	2	-	-	-	2

Institut Mines-Telecom	-	2	-	-	-	2
Autres universités et organismes	4	18	4	-	1	27
Total	8	111	4	2	3	128

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

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

	2012	2013	2014	2015	2016	Moyenne
Directeur de recherche	16,4	18,57	22,95	27,18	15,62	20,14
Professeur des universités (1)	15,57	18,57	13,93	14,56	21,1	16,75
Maître de conférences	16,4	11,43	18,85	11,65	17,19	15,1
Chargé de recherche	9,02	25,72	16,4	12,62	11,72	15,1
Ingénieur de recherche	9,84	8,57	7,38	8,74	8,59	8,62
PU-PH	18,03	5,71	9,02	11,65	7,03	10,29
Assistant hospitalo-universitaire	0,82	-	-	-	0	0,16
Praticien hospitalier	2,46	1,43	0,82	1,94	6,25	2,58
Autres (2)	11,46	10	10,65	11,66	12,5	11,25
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 2016, 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.

1.5 SENS DES AVIS

Tableau n° 12 - Sens des avis par nature (2016)

	Nombre d'avis	En %
Favorable	8	6,25
Favorable sous réserve	111	86,72
Défavorable	4	3,12
Défavorable en l'état	2	1,56
Incompétence	3	2,34
Total	128	100 %

Tableau n° 13 - Sens des avis par nature et par cas de demande d'autorisation (2016)

	Favorable	Favorable sous réserve	Défavorable	Défavorable en l'état	Incompétence	Total
L. 531-1	1	21	1	-	-	23
L. 531-8	4	90	3	2	1	100
L. 531-12	3	-	-	-	2	5
Total	8	111	4	2	3	128

La très grande majorité des avis sont favorables avec réserve (86,72 %). Cette situation peut surprendre, mais elle s'explique essentiellement par le fait que l'octroi de l'autorisation est subordonné par l'article L.531-8 du code de la recherche à la conclusion d'une convention de concours scientifique entre l'entreprise privée et la personne publique. Avant la réforme introduite par la loi du 18 avril 2006 et le décret du 21 août 2006 pris pour son application, l'avis favorable de la commission pouvait également être subordonné à la conclusion du contrat de valorisation mentionné aux articles L. 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* ».

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

L'avis de la commission n'est en principe pas requis pour le renouvellement d'un concours scientifique. Il en va autrement si les conditions prévalant au moment de l'autorisation ont évolué, en particulier si le contrat de valorisation a été modifié (Avis n°16R1189 du 12 mai 2016).

2.2 AGENTS POUVANT BÉNÉFICIER DES DISPOSITIONS DU CODE DE LA RECHERCHE

Tout fonctionnaire 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. L'article L.531-15 du code de la recherche permet d'étendre les dispositions du code de la recherche sur la valorisation des travaux de recherche à des agents contractuels. La commission rend ainsi un avis favorable sur la demande d'un chercheur contractuel exerçant dans un laboratoire qui est une UMR CNRS-Ecole Polytechnique, le décret du 24 septembre 2015 ayant, par son article 35, étendu ces dispositions du code de la recherche aux contractuels de l'Ecole Polytechnique (Avis n° 15R3286 du 14 janvier 2016).

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. La commission rend ainsi un avis défavorable sur la demande d'un technicien de recherche, qui a contribué à la création de logiciels permettant d'exploiter les mesures de matériels d'auscultation routière au sein d'un centre d'études et d'expertises, mais qui, à la date de sa demande, a réintégré la direction départementale des territoires et de la mer des Côtes d'Armor et a été mis à disposition du service interministériel des systèmes d'information et de communication (SIDSIC), au sein duquel aucune activité de recherche n'est menée (Avis n°15R3290 du 14 janvier 2016).

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.

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 L.531-12 du même code.

Lorsque la commission a donné un avis favorable à une demande de concours scientifique en l'assortissant de réserves, elle peut être à nouveau saisie pour obtenir une modification du premier avis et l'abandon de réserves initiales. Pour ce faire l'établissement de recherche doit lui soumettre de nouveaux éléments démontrant que les réserves étaient inappropriées ou bien qu'elles n'ont plus lieu d'être compte tenu des clauses supplémentaires introduites dans le contrat de valorisation (Avis n°16R0776 du 7 avril 2016).

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.

Objet de la convention de valorisation

Lorsque l'objet du contrat de valorisation concerne le transfert d'un ensemble d'informations techniques, qu'elles soient écrites, graphiques ou orales acquises par un laboratoire, ce contrat ne porte pas sur l'exploitation d'une « invention » mais sur celle d'un « savoir-faire ». Par souci de clarté, la commission demande alors que ce second terme soit substitué au premier aussi bien dans le titre que dans les clauses du futur contrat de valorisation (Avis n°16R0807 du 7 avril 2016).

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 vacances 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 (Avis n° 16R1544 du 9 juin 2016).

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.

Lorsqu'un chercheur envisage de participer à la création d'une entreprise en qualité de gérant sur le fondement de l'article L. 531-1 du code de la recherche, il doit attendre que son entreprise soit créée pour signer la convention de valorisation en cette qualité (Avis n° 16R3288 du 14 janvier 2016 et n°16R0807 du 7 avril 2016).

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.

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.

La commission précise également que le concours scientifique est une prestation intellectuelle liée aux travaux de recherche et non une aide de nature purement commerciale. Elle souligne ainsi que la convention de concours scientifique conclue entre un chercheur et une entreprise ne peut, au-delà du conseil pour la mise en œuvre des travaux à valoriser, inclure la promotion de tests que développe l'entreprise, le recrutement de stagiaires, correcteurs et formateurs, ou encore l'accompagnement de l'entreprise dans sa démarche commerciale auprès de prospects identifiés dans ses contacts (Avis n° 16R3230 du 12 janvier 2017).

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 globalement²⁰.

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*

²⁰ 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)

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 entreprise²¹.

L'attribution de bons de souscription d'actions²² (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 recherche²³. 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.

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 commission²⁴.

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 renouvellement²⁵.

²¹ Cf. rapport 2012, p.72 et Avis n° 12R1617 et 12R1619 du 18 octobre 2012.

²² 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.

²³ Avis n° 13R0906 du 11 juillet 2013.

²⁴ Avis n° 12R1561 du 18 octobre 2012 : rapport 2012 p. 70.

²⁵ Avis n° 14R0502 du 10 avril 2014

2.6.2 PARTICIPATION AU CAPITAL

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

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

Dans le 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).

Lorsque la commission est saisie d'une demande d'autorisation de participation au capital de l'entreprise à laquelle le chercheur souhaite apporter son concours scientifique, elle s'assure, conformément à l'article L. 531-9 du code de la recherche, que le chercheur n'a pas participé à l'élaboration ou à la passation d'un contrat conclu avec cette entreprise au cours des cinq dernières années précédant la prise de participation ou la date à laquelle le maintien de cette participation doit être autorisé. Aussi, la commission est d'avis que les établissements scientifiques devraient éviter de faire signer aux chercheurs des contrats lorsque cette signature ne s'impose pas juridiquement (ex : contrat de collaboration), dès lors qu'une telle signature fait

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.

naître un doute sur leur participation à l'élaboration et à la passation du contrat. Si l'engagement personnel du chercheur de respecter les termes du contrat négocié sans lui s'avère souhaitable, alors il est préférable de lui faire signer un engagement formellement distinct, postérieurement à la signature du contrat ; contrat qui peut-être annexé à cet engagement. Pour autant, lorsqu'elle est confrontée à un « visa » malheureusement apposé sur un contrat postérieurement à sa signature, et que les autres éléments portés à sa connaissance démontrent que le chercheur ne peut être regardé comme ayant participé à son élaboration au sens de l'article L. 531-9, la commission peut autoriser la participation du chercheur au capital de l'entreprise (Avis n°16R2804 du 10 novembre 2016).

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 prévoyaient 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 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).

Lorsque l'objet du contrat de valorisation concerne le transfert d'un ensemble d'informations techniques, qu'elles soient écrites, graphiques ou orales acquises par un laboratoire, ce contrat ne porte pas sur l'exploitation d'une « invention » mais sur celle d'un « savoir-faire ». Par souci de clarté la commission demande alors que ce second terme soit substitué au premier aussi bien dans le titre que dans les clauses du futur contrat de valorisation (Avis n°16R0807 du 7 avril 2016).

Le contrat de valorisation peut consister en une licence exclusive d'exploitation des « connaissances princeps » qui correspondent aux brevets et au savoir-faire issus des travaux de recherche d'un maître de conférences (Avis n° 16R1332 du 9 juin 2016).

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.

Elle estime qu'un taux de redevance minimal de 1% du chiffre d'affaires résultant de l'exploitation directe du brevet, devra être fixé par le contrat de concession

²⁷ Avis n°14R0475 du 10 avril 2014.

exclusive de licence, afin de préserver utilement les intérêts du service public de la recherche (Avis n° 16R1332 du 9 juin 2016).

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.

Afin de préserver les intérêts du service public de la recherche, la commission a non seulement estimé que la concession d'une sous-licence de logiciel permettant de détecter les « crashes » et les « bugs » présents dans une application logicielle en production devait être soumise à l'accord préalable de l'INRIA, mais aussi que la licence concédée comporte une clause de nature à garantir que les établissements publics percevraient une contrepartie financière spécifique en cas d'exploitation d'une sous-licence par un tiers (Avis n°15R3284 du 14 janvier 2016).

Saisie d'une demande de concours scientifique auprès d'une société souhaitant exploiter un logiciel développé par le chercheur, la commission a donné un avis défavorable en l'état au motif que la rémunération prévue sur la durée du contrat ne couvrait pas les frais exposés pour le développement du logiciel, sans que les perspectives d'exploitation commerciale le justifient. La commission n'a pas tenu compte de ce qu'il était envisagé de conclure un nouveau contrat de valorisation à l'expiration du premier et de valoriser d'autres développements du logiciel, ces valorisations n'étant qu'éventuelles et leurs conditions financières demeurant inconnues (Avis n°16R0547 du 10 mars 2016).

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 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 brevets²⁸.

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 brevet²⁹. 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, copropriétaire³⁰.

²⁸ Par ex. Avis 03AR022 du 13 mars 2003.

²⁹ Avis n° 14R1813 du 13 novembre 2014.

³⁰ Avis n° 14R0236 du 13 mars 2014.

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.

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.

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 » ;

La commission, saisie d'une demande de participation au conseil d'administration d'une entreprise chargée contractuellement d'assurer la valorisation de travaux de recherche menés à l'Institut des sciences chimiques de Rennes, lui donne un avis favorable, dès lors que la société concernée avait été transformée en société anonyme, que les fonctions de membre du conseil d'administration devaient être exercées par le chercheur à titre personnel, que sa participation au capital de l'entreprise était limitée à 3 %, que cette participation ne devait donner lieu à aucune rémunération, que le chercheur ne devait aucunement participer à l'élaboration de nouveaux contrats avec le laboratoire et qu'il n'apportait pas son concours scientifique à la société, de telle sorte que cette participation au conseil d'administration permettait une diffusion utile de ces travaux de recherche (Avis n°15R3421 du 14 janvier 2016).

La commission donne également un avis favorable à la demande du directeur d'un institut spécialisé dans la microscopie qui souhaitait siéger au conseil de surveillance d'une société intervenant dans le même secteur, en développant également une activité de recherche et d'exploitation de brevets publics, dont certains étaient issus de ce même institut. La participation de ce chercheur au conseil de surveillance de la société était ainsi de nature à favoriser la diffusion des résultats de la recherche publique (Avis n°16R0549 du 10 mars 2016).

De même, elle se prononce favorablement sur la demande d'un chercheur, ayant réalisé des travaux de recherche portant sur les inégalités, le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises, qui souhaitait siéger au conseil d'administration de deux compagnies d'assurance ayant intégré de telles problématiques dans leur politique commerciale et souhaitant développer la RSE en leur sein (Avis n° 16R2119 du 12 septembre 2016).

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

En 2016, le nombre de dossiers dont la commission a été saisie a nettement augmenté, renouant à nouveau avec le niveau des années 2010 à 2012. 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 mise en place de structures dédiées devrait permettre une plus large utilisation encore de ces outils de valorisation.

CONCLUSION

L'année 2016 a été pour la commission de déontologie de la fonction publique une année de transition. La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, qui a pris en compte nombre des remarques présentées dans les rapports de la commission des années précédentes, a été publiée le 21 avril 2016 mais ses dispositions concernant la commission ne sont entrées en vigueur que le 1^{er} février 2017 une fois pris le décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique, et une fois la commission recomposée conformément aux dispositions de cette loi et de ce décret, dans le respect en particulier du principe de parité.

D'autres dispositions de la loi du 21 avril 2016 sont en revanche entrées en vigueur dès sa publication, notamment celles ajustant les compétences respectives de la commission et de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, ce qui rendu immédiate l'obligation de transférer à cette dernière les dossiers des agents dont l'activité au cours des trois années précédant leur départ dans le privé relève, ne serait-ce qu'en partie, de la compétence de cette dernière.

Tout en continuant de faire application des textes antérieurs à cette loi, notamment les décrets des 26 avril et 2 mai 2007, la commission ne pouvait ignorer les évolutions qu'elle aurait prochainement à mettre en œuvre, éclairées par un débat parlementaire très nourri qui a fait apparaître une volonté du législateur de voir s'exercer une plus grande vigilance dans le contrôle des départs des fonctionnaires vers le privé. Les travaux parlementaires qui ont conduit à l'adoption, plus tard dans l'année, de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique sont venus confirmer on ne peut plus clairement cette volonté même si cette loi, dans la rédaction qui résulte de la censure opérée par le Conseil constitutionnel, ne traite pas en définitive du sujet.

Sans se départir de sa « jurisprudence » héritée de nombreuses années de pratique, la commission a dans ce contexte porté une attention plus étroite aux fonctions effectivement exercées comme le montrent les analyses contenues dans le présent rapport à propos des avis rendus.

Ainsi, par exemple, la commission a-t-elle estimé que la circonstance qu'un agent ne disposait pas de marge d'appréciation était sans incidence sur l'impossibilité pour lui de rejoindre une entité avec laquelle a été conclu un contrat qu'il a lui-même signé, de quelque nature que soit ce contrat.

Si les avis d'incompatibilité représentent une part faible du nombre total d'avis (près de 3% si l'on ne tient pas compte des cas où la commission s'est déclarée incompétente), leur proportion est plus conséquente, comme il est logique, parmi ceux examinés en

formation collégiale (près de 20 %). Cette donnée ne saurait rendre compte, à elle seule de la réalité et de la rigueur du contrôle de la commission. De nombreuses situations potentiellement risquées, y compris sur le plan pénal, sont désamorçées très en amont par l'administration en amenant à la renonciation aux fonctions privées envisagées ou par le rapporteur du dossier lors des entretiens avec l'agent concerné lorsque le dossier est parvenu jusqu'à l'instruction.

On voit par ailleurs croître au fil des ans la part des réserves dans les avis de compatibilité.

Il est intéressant de noter que les demandes – départ dans le privé et exercice d'activités privées en cumul confondus – sont, contrairement aux idées reçues, le fait de toutes les catégories d'agents. Ainsi en 2016, celles-ci émanaient-elles de contractuels à hauteur d'environ 12 % et, parmi les fonctionnaires, pour 42 % d'agents de catégorie A, pour 17 % d'agents de catégorie B et pour 29 % d'agents de catégorie C.

Outre qu'elle modifie la composition de la commission, la loi du 21 avril 2016 va apporter en substance les modifications suivantes :

- La saisine de la commission redevient obligatoire, comme c'était le cas avant 2007, dans tous les cas d'exercice, dans un délai inférieur à trois ans³¹ après cessation définitive ou temporaire de fonctions, d'une activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé ;
- La commission apprécie si l'activité qu'exerce ou que projette d'exercer l'agent risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, *de méconnaître tout principe déontologique mentionné à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 – qui énumère désormais ces principes –*, ou de placer l'intéressé en situation de commettre l'infraction prévue à l'article 432-13 du code pénal ;
- Aux missions actuelles conservées viennent s'ajouter :
 - la fourniture d'avis à la demande sur les projets de texte destinés à la mise en œuvre des dispositions concernant la protection des lanceurs d'alerte, la prévention des conflits d'intérêts et le respect de la déontologie dans la fonction publique ;
 - l'émission de recommandations sur l'application de ces mêmes dispositions ;
 - la formulation de recommandations, sur saisine de l'administration, concernant l'application de ces dispositions à des situations individuelles ;
- Les avis de la commission lient l'administration non seulement, comme aujourd'hui, dans les cas où ils déclarent l'activité privée incompatible avec les fonctions exercées ou ayant été exercées mais aussi dans les cas où ils la déclarent compatible moyennant le respect de réserves ;
- La commission peut demander à l'agent ou à l'autorité dont il relève toute explication ou tout document nécessaire à l'exercice de ses missions et recueillir auprès des personnes publiques et privées toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission ; elle est par ailleurs informée des faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts relatés ou ayant fait l'objet d'un témoignage si ces faits concernent les fonctions exercées ou ayant été exercées au cours des trois années antérieures.

³¹ Ce délai était, rappelons-le, de cinq ans avant 2007.

Ces modifications, on le voit, ne pourront conduire à priver de leur portée les analyses de fond du présent rapport qui demeureront pour l'essentiel pertinentes pour l'avenir.

Sans attendre l'entrée en vigueur en 2017 de ces dispositions, le nombre de saisines a augmenté de 13,5 % dès 2016, comme si, dans une certaine mesure, les agents et les administrations avaient anticipé l'application du nouveau régime juridique, rendant obligatoire la saisine préalable de la commission pour tout départ dans le privé et non plus seulement pour les seuls agents placés dans leurs fonctions en situation de contrôler des entreprises, de contribuer à la conclusion de contrats avec des entreprises ou de donner des avis sur des décisions relatives à des opérations réalisées par des entreprises.

Aussi la question des moyens de la commission, commençant à faire face à un nombre de demandes d'avis accru et se préparant, après le vote de la loi d'avril 2016, à une augmentation à venir qu'elle pressent beaucoup plus forte³², sont-ils devenus un sujet de préoccupation. Les effectifs de son secrétariat, sur lequel repose l'ensemble de l'activité, s'élèvent à cinq agents. Le nombre d'agents était au total de 7 jusqu'à la fusion, en 2009, des secrétariats des commissions compétentes pour la fonction publique de l'État et la fonction publique hospitalière puis de 6 jusqu'à la fusion en 2014 avec la commission compétente pour la fonction publique territoriale. Les demandes réitérées de la commission ont été entendues par la direction générale de la fonction publique qui a, en 2017, renforcé les effectifs de ce secrétariat dont elle a la responsabilité.

La question des rapports entre la commission de déontologie de la fonction publique et la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique a donné lieu à des échanges nourris au Parlement.

Leurs missions sont cependant pour l'essentiel distinctes, la première étant tournée vers des objectifs de transparence de l'activité privée et publique des hauts responsables des autorités publiques, la seconde vers une gestion des cinq millions d'agents publics à tous les niveaux hiérarchiques, respectueuse des principes déontologiques.

Ces missions ne se rapprochent qu'en tant que l'une et l'autre des deux institutions doit se prononcer lors du départ dans le privé de personnes ayant des fonctions publiques. S'il est essentiel, de ce fait, de distinguer de façon bien nette leurs attributions respectives, les personnes qu'elles concernent n'en relèvent pas moins de cadres différents : personnes assurant des fonctions gouvernementales, des fonctions de membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante ou des fonctions exécutives locales pour la HATVP ; fonctionnaires et contractuels de droit public exerçant des fonctions administratives, en substance, pour la commission de déontologie. Les deux populations ne se recoupent que pour une part numériquement faible et le législateur a sagement pris soin de conférer une compétence exclusive à la HATVP dans le cas où, dans les trois ans qui précèdent le début d'une activité privée, l'intéressé a appartenu à l'un et l'autre des deux cadres successivement.

³² L'avenir a amplement confirmé ce pressentiment comme nous le verrons dans le rapport pour 2017.

Une coopération active est bien sûr indispensable. La loi précise à cet effet que les deux institutions échangent toutes informations nécessaires à l'accomplissement de leurs missions respectives, y compris si elles sont couvertes par le secret professionnel, et fait obligation à chacune d'informer l'autre des avis rendus qui intéressent celle-ci.

Ainsi peut-considerer qu'un équilibre est aujourd'hui atteint. C'est à l'expérience à venir, une fois dressé un premier bilan de la mise en œuvre des dispositions de la loi d'avril 2016, qu'il conviendra de s'interroger sur l'éventuelle nécessité de nouvelles évolutions.

~ 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 au 8 juillet 2016 (à noter, depuis cette date, de nouveaux membres ont été nommés par décret du 17 février 2017)

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

Suppléante : Mme Martine DENIS-LINTON, conseillère d'État.

Membres communs aux quatre formations de la commission

En qualité de magistrat de la Cour des comptes

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

Membre suppléant : M. Jean GAUTIER, conseiller maître.

En qualité de magistrat de l'ordre judiciaire

Membre titulaire : M. Jean-François WEBER, président de chambre honoraire.

Membre suppléant : M. Jean-Paul VALAT, avocat général.

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.

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 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 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. François BRUN, inspecteur général honoraire.

Membre suppléant : M. Daniel LEJEUNE, inspecteur général honoraire

En qualité de membres de la formation spécialisée compétente pour l'application des articles L. 531-1 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°, 2° et 3° 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'examen de biologie médicale ou une officine de pharmacie où ils puissent rentrer en concurrence directe avec l'établissement public dont ils sont démissionnaires. Les modalités d'application du présent article sont fixées par voie réglementaire.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'autorisation est refusée :

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

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

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

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

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

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

Dans le cas mentionné au b, il met fin à sa collaboration professionnelle avec l'entreprise dans un délai d'un an et ne peut plus conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque dans

l'entreprise. Il peut toutefois être autorisé à apporter son concours scientifique à l'entreprise, à conserver une participation dans le capital social de l'entreprise, dans la limite de 49 % du capital donnant droit au maximum à 49 % des droits de vote, et à être membre du conseil d'administration ou de surveillance de celle-ci dans les conditions prévues aux sections 2 et 3 du présent chapitre.

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

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

Article L531-8 Les fonctionnaires mentionnés à l'article L. 531-1 peuvent être autorisés, pendant une période de temps limitée fixée par voie réglementaire, à apporter leur concours scientifique à une entreprise qui assure, en exécution d'un contrat conclu avec une personne publique ou une entreprise publique, la valorisation des travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans l'exercice de leurs fonctions.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 4 : Dispositions générales

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

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

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

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

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

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

Circulaire du 31 octobre 2007

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

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

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

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

La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, en modifiant à la fois le code pénal et la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, procède à une telle réforme.

La nouvelle rédaction de l'article 432-13 du code pénal, qui redéfinit l'incrimination pénale de prise illégale d'intérêts, vise à présent le fonctionnaire ou agent d'une administration publique qui, dans le cadre des fonctions qu'il a *effectivement* exercées, a été chargé soit de la surveillance ou du contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une telle entreprise ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer *directement* à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions. Un tel agent ne peut rejoindre une entreprise avec

laquelle il s'est trouvé en contact de l'une des manières décrites ci-dessus avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

L'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, dans sa version issue de la loi du 2 février 2007, substitue une commission de déontologie unique aux trois commissions auparavant compétentes pour la fonction publique de l'Etat, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière. Il renouvelle par ailleurs en profondeur le contrôle de déontologie opéré sur les agents qui envisagent d'exercer une activité dans le secteur privé et dans le secteur public concurrentiel. Le champ et les modalités d'application de cet article sont précisés dans le décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie.

En outre, en sus des compétences des anciennes commissions de déontologie, la commission de déontologie est désormais saisie de la déclaration d'un agent qui, tout en demeurant à temps plein ou en choisissant de se placer à temps partiel, souhaite cumuler ses fonctions avec la création, la reprise ou la poursuite d'une activité au sein d'une entreprise. Le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat précise les modalités de saisine et la portée des avis donnés par la commission.

La présente circulaire a pour objet de définir les modalités de contrôle de déontologie prévues pour :

- L'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions (I) ;
- La création, la reprise ou la poursuite d'activités au sein d'une entreprise (II).

Elle s'applique aux trois versants de la fonction publique.

I) Le contrôle de l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions

1) Champ d'application

1.1) Personnel soumis au contrôle de compatibilité

Le public visé par le contrôle de déontologie s'élargit.

Alors qu'auparavant étaient seuls concernés les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public cessant temporairement, par le biais de la mise en disponibilité ou du congé sans rémunération, ou définitivement, leurs fonctions, sont désormais concernés :

- les **fonctionnaires**, titulaires ou stagiaires, placés ou devant être placés en cessation définitive de fonctions, en disponibilité, en détachement, en position hors cadres, de mise à disposition ou d'exclusion temporaire de fonctions ;

- les **agents non titulaires de droit public** employés par l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public et les agents contractuels de droit public employés par une

autorité administrative indépendante (voir ci-dessous) à condition qu'ils soient employés depuis plus d'un an par la même autorité ou collectivité publique ;

- les **membres de cabinet** ministériel et les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales;

- **certains agents contractuels de droit privé** :

- ceux exerçant leurs fonctions au sein des établissements relevant du domaine sanitaire (Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, Etablissement français du sang, Agence française de sécurité sanitaire des aliments, Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail, Institut de veille sanitaire, Agence de la biomédecine, Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé) ;
- ceux exerçant leurs fonctions au sein des autorités administratives indépendantes, c'est-à-dire dans toute institution de l'Etat qui n'est pas soumise à l'autorité hiérarchique d'un ministre, quelle que soit sa dénomination exacte (« autorité administrative indépendante », « autorité publique indépendante », « autorité indépendante »...).

Doivent faire l'objet d'une saisine obligatoire de la commission de déontologie les dossiers des agents ayant été effectivement chargés, au cours des trois années précédant leur demande :

- **soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée,**
- **soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats,**
- **soit de proposer des décisions relatives à des opérations effectuées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions.**

Par « surveillance ou contrôle » d'une entreprise (ou de toute autre personne morale privée), il convient d'entendre toute fonction de surveillance ou de contrôle susceptible de, donner lieu à des observations à l'égard de l'entreprise ou de conduire à l'intervention d'une décision favorable ou défavorable à cette entreprise.

Les contrats mentionnés par le décret sont tous ceux qui sont passés par une collectivité ou un établissement public en vue de la réalisation de travaux, de la fourniture de biens ou de la prestation de services. Sont notamment concernés les marchés publics, les délégations de service public, les partenariats publics-privés ainsi que toutes les conventions passées au nom de l'Etat avec des tiers (entreprises ou structures associatives) pour la réalisation d'études.

Lorsqu'un agent n'a pas exercé de telles activités ou n'a pas pris part à de telles décisions relatives à l'entreprise qu'il souhaite rejoindre ou le secteur concurrentiel dans lequel cette dernière évolue au cours des trois années précédant le début de l'activité privée envisagée, la saisine de la commission n'est pas obligatoire.

Il vous est demandé d'être particulièrement attentif à cette distinction entre les deux catégories de saisine et de vous abstenir de soumettre à l'avis de la commission de

déontologie les dossiers des agents qui n'ont effectivement exercé aucune des fonctions justifiant la saisine obligatoire, sauf si vous avez un doute sur le point de savoir si les fonctions exercées par l'agent entrent dans le champ du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 ou si vous estimez que l'activité envisagée pourrait porter atteinte à la dignité des fonctions précédemment exercées ou risquerait de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

1.2) Les entreprises privées concernées

a) Relèvent du contrôle de compatibilité :

- les activités professionnelles exercées dans toutes les entreprises privées ainsi que dans tous les organismes privés à caractère non lucratif (associations, fondations...)
- les activités privées libérales.

b) Les entreprises publiques du secteur concurrentiel opérant conformément aux règles du droit privé sont assimilées aux entreprises privées pour l'application du décret. Sont comprises dans cette dernière catégorie les sociétés remplissant les trois conditions suivantes :

- appartenir au secteur public, c'est-à-dire être une société dont le capital est majoritairement détenu, directement ou indirectement, par des personnes publiques (État, collectivités locales, établissements publics et autres entreprises publiques) ;
- exercer son activité dans le secteur concurrentiel ;
- exercer son activité selon les règles du droit privé.

Dans le cas des entreprises « mixtes », c'est-à-dire qui exercent leur activité en partie seulement dans le secteur concurrentiel, il convient de se référer à l'activité de la branche de l'entreprise dans laquelle l'agent souhaite travailler.

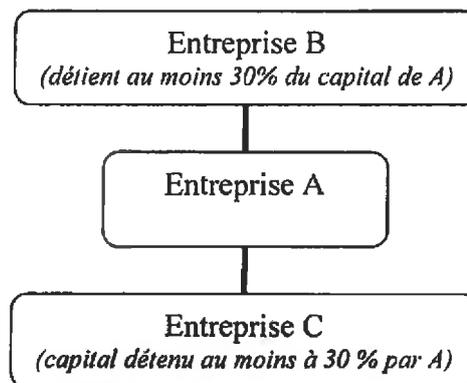
c) Sont également soumises au contrôle de la commission de déontologie les demandes d'exercice d'activité privée au sein d'une entreprise :

- 1 - qui détient au moins 30 p. 100 du capital de l'entreprise à l'égard de laquelle l'agent a été effectivement chargé des missions définies au A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 : cette dernière est l'entreprise A, dont la « mère » est l'entreprise B ;
- 2 - ou dont le capital est, à hauteur de 30 p. 100 au moins, détenu par l'entreprise A (entreprise C, « fille » de l'entreprise A) ;
- 3 - ou dont le capital est détenu par une entreprise (entreprise E) détenant aussi 30 p. 100 au moins du capital de l'entreprise A (entreprise D, « sœur » de l'entreprise A) ;
- 4 - ou qui a conclu avec l'entreprise susmentionnée un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait.

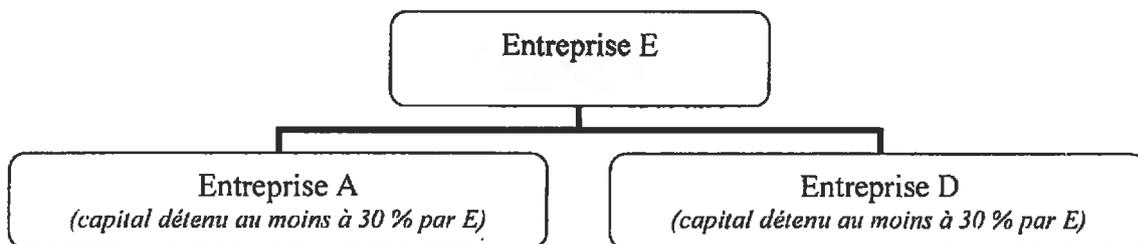
L'agent qui a contrôlé ou surveillé l'entreprise A ne peut donc pas non plus exercer une activité privée dans les entreprises B, C et D si le pourcentage minimal de capital commun est de 30 %.

Schéma explicatif

1) Cas 1 et 2



2) Cas 3



2) Nature du contrôle

Le contrôle de déontologie, défini au I-A et au I-B de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, présente une double caractéristique : il s'agit à la fois d'un contrôle de l'application de la loi pénale et d'un contrôle de nature déontologique.

Qu'elle soit saisie à titre obligatoire ou à titre facultatif, la commission vérifie, au titre du contrôle pénal, que l'agent n'a pas été, au cours des trois dernières années qui précèdent le début de l'activité privée, chargé, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées :

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

Ce contrôle vise à prémunir l'agent contre le risque de mise en cause de sa responsabilité pénale au titre de la prise illégale d'intérêts.

Elle vérifie également que les activités concernées, par leur nature ou leurs conditions d'exercice et eu égard aux fonctions exercées par l'intéressé au cours de cette période, ne compromettent pas le fonctionnement normal du service, ou ne mettent pas en cause l'indépendance ou la neutralité du service auquel il appartient, ou ne portent pas atteinte à la dignité des anciennes fonctions exercées par l'agent.

A la différence des situations qui sont mentionnées limitativement à l'article 432-13 du code pénal, les activités incompatibles d'un point de vue statutaire et déontologique ne font pas l'objet d'une liste limitative mais sont appréciées au cas par cas par l'administration, le cas échéant par la commission de déontologie et en cas de litige par le juge administratif. La consultation des rapports annuels de la commission de déontologie, accessibles sur le site www.fonction-publique.gouv.fr, fournit des indications sur la nature et la portée de ces interdictions déontologiques¹.

L'appréciation de la compatibilité de l'activité envisagée avec les précédentes fonctions exercées par l'agent pourra notamment se fonder :

- d'une part, sur les déclarations des administrations et des agents concernés décrivant les responsabilités et les missions du fonctionnaire dans le cadre de ses fonctions,
- d'autre part, sur le contenu précis de l'activité envisagée dans le secteur privé.

3) Portée et conséquences du contrôle

3.1) Portée des avis

La commission émet **son avis dans un délai d'un mois** à compter de l'enregistrement du dossier de saisine par son secrétariat. Ce délai peut être porté à deux mois, notamment en raison de la complexité d'un dossier ou de la nécessité d'en poursuivre l'instruction. La commission en informe alors l'administration, qui en avise l'intéressé.

L'absence d'avis de la commission à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de cette saisine (deux mois le cas échéant) vaut avis favorable.

Les avis d'incompatibilité rendus par la commission de déontologie lient la décision

¹ Prochainement, la jurisprudence de l'année en cours sera également en ligne sur le même site.

de l'administration.

En revanche, les avis de compatibilité laissent à l'administration le choix de la décision finale.

L'administration peut solliciter une seconde délibération de la commission dans la seule hypothèse où celle-ci a rendu un avis d'incompatibilité.

Cette demande doit être formulée dans un délai d'un mois à compter de la notification du premier avis, en informant l'intéressé de cette demande. Le silence de la commission pendant un délai d'un mois à compter de l'enregistrement de cette nouvelle demande vaut confirmation du premier avis rendu.

Il est souhaitable que la décision finale, positive ou négative, de l'autorité dont relève l'agent, intervienne dans un délai raisonnable, à la date la plus proche possible de la notification de l'avis exprès ou tacite de la commission.

Si la notification de la décision administrative n'intervient pas dans le mois suivant la notification de l'avis de la commission, que celui-ci soit exprès ou implicite, cette décision sera réputée conforme à cet avis. Même lorsque l'administration est liée par un avis d'incompatibilité de la commission, il lui appartient de notifier sa décision à l'intéressé.

L'autorité administrative a toujours la possibilité de refuser la demande de l'agent dont le départ serait contraire à l'intérêt du service ou aux règles statutaires, même dans le cas où la commission se serait prononcée dans un sens favorable à la demande, en assortissant ou non son avis de réserves.

3.2) Conséquences du contrôle

a) La durée des interdictions

Les interdictions pénales et statutaires mentionnées à l'article 1^{er} du décret sont prononcées pour une durée de **trois ans à compter de la cessation des fonctions** (II de cet article).

Par exemple, un fonctionnaire qui cesserait les fonctions justifiant l'incompatibilité deux ans avant de quitter définitivement l'administration continuerait d'être soumis à l'interdiction une année suivant sa radiation des cadres.

b) Les sanctions

L'exercice des activités interdites mentionnées aux A et B de l'article 1^{er} du décret est passible de deux types de sanctions administratives :

- les **sanctions disciplinaires** pour les fonctionnaires n'ayant pas rompu tout lien avec l'administration. La gravité de la faute commise peut entraîner l'infliction de toute la gamme des sanctions statutaires, et notamment de sanctions du troisième, voire du quatrième groupe (mise à la retraite d'office ou révocation) ;
- les **retenues sur pension** pour les agents ayant rompu tout lien avec l'administration.

Dans les deux cas, les sanctions administratives sont prononcées après avis du conseil de discipline du corps auquel appartient ou appartenait l'intéressé.

Par ailleurs, en cas d'exercice des activités interdites mentionnées au A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007, les agents sont susceptibles de voir en outre leur responsabilité pénale mise en cause devant le juge répressif, au titre de la prise illégale d'intérêts, telle que définie à l'article 432-13 du code pénal. Le juge pénal n'est lié ni par l'avis rendu par la commission ni par la décision de l'administration.

Les procédures administratives et disciplinaires sont indépendantes : les activités interdites par le A du I de l'article 1er du décret sont passibles à la fois des peines prévues à l'article 432-13 du code pénal et des sanctions disciplinaires.

4) Procédure à suivre

4.1) *Obligation d'information préalable à la saisine*

Il appartient à l'autorité administrative de prendre toute mesure utile visant à informer les personnels des procédures entourant le départ d'un agent de l'administration vers le secteur privé, quelle que soit par ailleurs sa situation statutaire.

Il incombe à l'agent d'informer en temps utile l'autorité dont il relève de son projet d'exercer une activité professionnelle privée. Il est souhaitable que cette information intervienne le plus en amont possible afin que les délais d'instruction de sa demande ne retardent pas le projet professionnel de l'intéressé et la date de son départ **qui ne peut intervenir, en tout état de cause, lorsque la commission a été saisie, que postérieurement à l'avis rendu par celle-ci et à la décision administrative prise conséquemment.**

Cette obligation d'information s'impose à tout agent qui envisage d'exercer une activité privée et qui :

- doit être placé en position de disponibilité, de détachement, de position hors cadre, de mise à disposition, d'exclusion temporaire de fonctions ou de congé sans rémunération ;
- ou, déjà placé dans l'une de ces positions, souhaite rester dans cette position (sauf en ce qui concerne la position d'exclusion temporaire de fonctions) ;
- ou quitte la fonction publique, quels qu'en soient les motifs (départ à la retraite, démission, licenciement, révocation, etc.) ;
- ou a quitté la fonction publique depuis moins de trois ans.

La même obligation pèse sur l'agent qui, ayant cessé temporairement ou définitivement ses fonctions depuis moins de trois ans, souhaite changer d'activité privée.

En revanche, la simple poursuite d'une activité privée précédemment exercée n'impose pas d'obligation d'information.

La date de la cessation définitive de fonctions est celle de la date d'effet de l'acte de radiation des cadres pour les fonctionnaires, ou la date d'expiration du contrat qui le lie à l'administration pour l'agent non titulaire.

Vous inviterez l'agent à remplir la déclaration annexée à la présente circulaire (cf. annexe I). Cette déclaration pourra être remplie par l'intéressé en même temps qu'une éventuelle demande de changement de position administrative.

J'appelle votre attention sur la nécessité de **renseigner aussi précisément que possible** cette déclaration, qui fournira les éléments d'informations nécessaires, tant sur les fonctions

exercées par l'agent au sein de la fonction publique que sur l'activité privée envisagée et facilitera ainsi l'instruction du dossier par la commission de déontologie.

4.2) Saisine de la commission de déontologie

a) Pouvoir de saisine

La commission peut être saisie **soit par l'administration soit par l'agent** directement.

S'agissant de l'administration, le pouvoir de saisine appartient à l'autorité dont l'intéressé relève à la date à laquelle il introduit sa demande (ministre, autorité territoriale, directeur d'établissement, *etc.*).

Lorsque la commission est saisie par l'agent directement, l'administration doit, parallèlement à cette saisine de la commission, procéder à l'instruction de la demande de l'intéressé.

Lorsque la commission n'a pas été saisie par l'agent directement, le décret impose à l'administration de saisir la commission de déontologie :

- lorsqu'il s'agit d'une **saisine obligatoire** ou d'une saisine relative à un **changement d'activité** de l'agent pendant le délai de trois ans qui suivent la cessation de ses fonctions, dans un **délai de quinze jours** à compter de la date à laquelle vos services ont été informés du projet de l'agent ;
- lorsqu'il s'agit d'une **saisine facultative**, dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle l'agent vous a informé de la date à laquelle il envisage de débiter l'activité privée.

L'agent intéressé, à défaut d'avoir saisi directement la commission, doit vous avoir informé de son projet un mois au plus tard avant la date à laquelle il souhaite commencer à exercer son activité privée.

Ce dispositif ne remet pas en cause les procédures statutaires de droit commun et ne dispense pas l'administration de consulter, le cas échéant, l'organisme paritaire consultatif compétent.

c) Transmission du dossier de l'agent à la commission de déontologie

Afin de permettre à la commission de disposer de l'ensemble des éléments nécessaires à l'instruction du dossier, vous devez lui fournir, au moment de la saisine, outre la déclaration de l'agent, toutes informations utiles et précises, en particulier sur la nature des anciennes fonctions de l'agent, le cas échéant en vous rapprochant de l'administration auprès de laquelle l'intéressé aurait éventuellement été détaché ou mis à disposition au cours des trois années précédant son départ, ainsi que sur l'entreprise et sur l'activité que le fonctionnaire se propose d'exercer. Notamment, les sigles utilisés habituellement par l'administration dont relève l'agent seront explicités au moins une fois.

La liste complète des éléments à transmettre figure en annexe à la présente circulaire (annexe II). Deux documents en particulier doivent impérativement faire partie de cette saisine :

- le formulaire d'appréciation par l'autorité du projet de l'agent, au regard des dispositions de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 (annexe III) ;
- une fiche retraçant les différentes étapes de la carrière administrative de l'agent.

II) L'examen des déclarations de création, de reprise ou de poursuite d'activité au sein d'une entreprise

Le rôle de la commission de déontologie dans l'examen des demandes de cumul aux fins de créer, reprendre ou poursuivre une activité au sein d'une entreprise est défini à l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa version issue de la loi n° 20087-148 du 2 février 2007 ainsi qu'au chapitre II du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007.

1) Le cumul pour la création ou la reprise d'une entreprise

1.1) Personnel et activités soumis au contrôle de compatibilité

Sont soumis au contrôle de compatibilité les **fonctionnaires titulaires et stagiaires, les agents non titulaires de droit public et les ouvriers des établissements industriels de l'Etat** qui se proposent de créer ou de reprendre une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, quelle qu'en soit la forme juridique ;

Il est important de souligner que le cumul d'activités à titre accessoire, régi par les dispositions du chapitre Ier du décret du 2 mai 2007, n'est en revanche pas soumis à l'examen de la commission de déontologie.

1.2) Les entreprises concernées

Le statut de cette entreprise ne fait pas l'objet de restrictions : il peut ainsi s'agir d'une entreprise individuelle ou d'une entreprise sous forme sociale (société en nom collectif, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, société à responsabilité limitée...).

La réglementation n'exclut pas la création d'une entreprise sous forme libérale, à condition qu'elle soit compatible avec les règles déontologiques. Cependant, l'exercice de certaines professions à titre libéral ne devra pas être de nature à mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service auquel l'agent appartient.

Il n'existe pas a priori d'incompatibilité, celles-ci étant appréciée au cas par cas par la commission de déontologie. Cependant, une présomption d'incompatibilité peut exister pour certaines professions au le risque déontologique semble particulièrement élevé.

Ainsi en est-il par exemple pour les professions de santé où, en dehors des cas expressément prévus par les textes, le cumul de l'activité publique avec la création ou la reprise d'une entreprise sous forme libérale est de nature porter atteinte au fonctionnement normal du service public s'il est exercé de manière identique dans le même secteur d'activité et dans la

même zone géographique que l'activité publique. La jurisprudence récente de la commission de déontologie indique l'impossibilité d'un tel cas de cumul.

Face à des demandes présentant un risque déontologique particulier, la commission de déontologie peut émettre un avis d'incompatibilité. Elle peut également être conduite à émettre un avis de compatibilité assorti de réserves qui, dans la pratique, peuvent faire obstacle la réalisation du projet personnel de l'agent.

La jurisprudence de la commission, consultable sur le site Internet du ministère de la fonction publique, éclairera utilement les administrations et les agents sur les conditions dans lesquelles la création d'une entreprise sous forme libérale est compatible avec les fonctions administratives exercées simultanément.

1.3) Les aides à la création ou à la reprise d'entreprises

Ces aides, nombreuses, revêtent des formes diverses (aides financières, allègements fiscaux, exonération de charges sociales, conseils, mise à disposition de locaux...). Elles sont mises en place par l'Etat ou les collectivités locales et sont accessibles sous certaines conditions, par exemple, d'âge du bénéficiaire ou de localisation de l'activité. Pour une présentation générale du dispositif français d'aide à la création d'entreprise, les agents intéressés pourront utilement consulter le site internet de l'Agence pour la création d'entreprises.² Les structures de conseil que sont les réseaux d'accompagnement de porteurs de projet seront utilement sollicitées, de même que, localement, les chambres consulaires (chambres de commerce et d'industrie, chambres des métiers...)³.

2) Le cumul pour poursuivre une activité au sein d'une société ou d'une association

2.1) Personnels soumis au contrôle de compatibilité

Il s'agit des **dirigeants de société ou d'association** qui, après avoir été recrutés en qualité de fonctionnaire ou d'agent contractuel, souhaitent continuer à exercer temporairement leurs fonctions au sein de cette société ou de cette association. Cette poursuite d'activité peut avoir pour finalité d'organiser la transmission, dans les meilleures conditions économiques et sociales, d'une entreprise que l'agent public n'a plus vocation à diriger compte tenu de sa nouvelle orientation professionnelle. Elle offre aussi l'occasion à l'agent d'évaluer sereinement son choix entre l'éventuel retour dans le secteur privé et l'entrée définitive dans la fonction publique.

Par « dirigeants » il convient d'entendre notamment les personnes qui exercent en droit ou détiennent le pouvoir de direction dans une société ou une association, c'est-à-dire qui ont la responsabilité du fonctionnement ou de la gestion de cette société ou de cette association.

2.2) Les organismes concernés

La société dont le dirigeant peut conserver la responsabilité dans le cadre d'un cumul au sens de l'article 25-II-2° de la loi du 13 juillet 1983 peut revêtir toutes les formes sociales autorisées par la loi.

² Adresse : www.apce.com, rubrique « Créateur → Je crée mon entreprise → Toutes les étapes → Les aides ».

³ La liste de ces réseaux figure sur le site internet de la direction du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales (www.pme.gouv.fr, rubrique « Réseaux et partenaires »).

Le cumul ne doit être demandé par le dirigeant d'une association que si cette association poursuit un but lucratif et notamment ne satisfait pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts, c'est-à-dire ne présente pas un caractère social ou philanthropique et n'est pas gérée de manière désintéressée.

3) Nature du contrôle

L'article 13 du décret prévoit que la commission contrôle la compatibilité des projets de création et de reprise d'une entreprise, ainsi que des projets de poursuite d'une activité au sein d'une entreprise ou d'une association, au regard de deux catégories de critères.

- D'une part, la commission **vérifie que l'agent ne se place pas en situation de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-12 du code pénal**. Celui-ci punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende « le fait, par toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

L'avis de la commission ne lie pas le juge pénal.

L'exercice des activités interdites par l'article 432-12 du code pénal est passible des peines prévues à ce même article, sans préjudice des sanctions disciplinaires prévues par le statut général, les deux procédures étant indépendantes.

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

Il appartient à la commission, et, en cas de litige, au juge administratif, de porter une appréciation dans le cas d'espèce.

L'appréciation de la compatibilité des activités envisagées avec les fonctions actuellement exercées par l'agent est notamment fondée, d'une part, sur les déclarations des administrations et des agents concernés décrivant les responsabilités et les missions du fonctionnaire dans le cadre de ses fonctions, d'autre part, sur le contenu précis de l'activité envisagée dans le secteur privé.

4) Portée et conséquences du contrôle

La commission rend son **avis dans un délai d'un mois**, étant entendu qu'aucune procédure d'avis tacite n'est prévue par le décret.

Toutefois, dans le cas où la commission estime ne pas disposer de toutes les informations utiles pour donner un avis sur la déclaration, elle invite l'agent, dans un délai maximum de quinze jours à compter de la réception de sa demande, à fournir des éléments complémentaires. Le délai d'examen par la commission est alors porté à deux mois.

Si la commission estime que l'activité de création ou la reprise d'une entreprise d'une part, ou la poursuite d'activité au sein d'une entreprise ou d'une association d'autre part, est incompatible avec l'exercice des fonctions administratives, **cet avis lie l'administration**. Dans ce cas, vous pouvez, par une demande motivée, solliciter une seconde délibération de la commission dans un délai d'un mois à compter de la notification du premier avis, en informant l'intéressé de cette demande.

Si la commission estime que l'activité envisagée par l'agent est compatible avec ses fonctions administratives, celle-ci peut être exercée sauf décision expresse écrite contraire de votre part.

Le fait pour l'agent de continuer à exercer une activité qui aurait été considérée par la commission comme incompatible est passible des sanctions disciplinaires de droit commun. Toute la palette des sanctions statutaires pourra être utilisée à proportion de la gravité de la faute. Celle-ci peut notamment entraîner l'infliction de sanctions du troisième et du quatrième groupe (mise à la retraite d'office ou révocation). Les sanctions administratives sont prononcées après avis du conseil de discipline du corps auquel appartient l'intéressé.

Lorsque l'avis de la commission de déontologie est favorable, l'administration ne peut pas refuser le temps partiel pour des motifs tirés de l'intérêt du service. En effet, le temps partiel est de droit pour l'agent qui crée ou reprend une entreprise (*cf.* article 37*bis* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, article 60*bis* de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et de l'article 46-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986).

5) Procédure à suivre

5.1) Obligation d'information

Il vous appartient d'informer vos agents sur les modalités d'application et de contrôle de ces deux nouvelles possibilités de cumul autorisées par la loi.

C'est à l'agent de vous avertir qu'il souhaite exercer une activité professionnelle privée dans le cadre d'un cumul. Il est dans son intérêt d'aviser son administration de son projet le plus en amont possible pour que la commission puisse statuer dans des délais compatibles avec son projet professionnel.

Vous devez alors l'inviter, s'il ne l'a pas déjà fait, à remplir la déclaration annexée à la présente circulaire (voir annexe IV-1/2). Cette déclaration doit comporter des informations précises sur la forme et l'objet social de l'entreprise, son secteur et sa branche d'activités, ainsi que, le cas échéant, la nature et le montant des subventions publiques dont cette entreprise peut bénéficier.

J'appelle votre attention sur l'importance de cette déclaration, qui doit fournir les éléments d'information nécessaires à l'instruction du dossier par la commission, tant sur les fonctions exercées par l'agent au sein de la fonction publique que sur l'activité privée envisagée.

Les agents qui, après avoir été recrutés dans la fonction publique, souhaitent poursuivre leur activité privée, transmettent cette déclaration à l'autorité compétente dès leur nomination en qualité de stagiaire s'ils sont fonctionnaires, ou préalablement à la signature du contrat s'il s'agit d'agents non titulaires.

5.2) Modalités de saisine de la commission

A la différence de la procédure mise en place pour le contrôle de déontologie, qui autorise la saisine soit par l'agent, soit par l'administration, dans le cadre de cette procédure, **il incombe à l'administration de saisir directement la commission de déontologie.**

Le pouvoir de saisine appartient au ministre « d'emploi » de l'intéressé si l'agent relève de la fonction publique d'Etat ou de la fonction publique hospitalière, à l'autorité territoriale s'il relève de la fonction publique territoriale et au directeur de l'établissement public si l'intéressé est agent d'un établissement public de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement hospitalier. Il peut appartenir, par délégation, au directeur du personnel ou au chef de corps.

Vous devez transmettre la déclaration rédigée par l'agent à la commission de déontologie **dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle vous l'avez reçue, ou bien à compter de la date à laquelle vous êtes informé du projet de l'intéressé** dans le cas de la poursuite d'activité dans une entreprise ou une association.

Vous joindrez à la déclaration de l'agent le formulaire d'appréciation du projet de celui-ci au regard des critères posés par l'article 13 du décret du 2 mai 2007 (voir annexe V-1/2).

5.3) Suites données à l'avis de la commission

Lorsque l'avis de la commission vous a été transmis, vous devez en informer l'intéressé.

En dehors du cas de l'avis d'incompatibilité, il vous appartient de vous prononcer sur la déclaration de cumul d'activités au vu de cet avis et au regard des obligations de service qui s'imposent à l'intéressé, sous réserve de l'hypothèse du temps partiel, accordé de plein droit aux agents qui se proposent de créer ou de reprendre une entreprise.

5.4) Durée du cumul

Cette possibilité de cumul n'est ouverte que **pour une période d'un an, renouvelable une fois**. La demande de renouvellement du cumul n'est pas soumise au contrôle de la commission de déontologie.

Vous pouvez à tout moment mettre fin à ce cumul s'il ne satisfait plus aux critères de compatibilité (non-respect de l'article 432-12, atteinte à la dignité des fonctions exercées, risque de mise en cause du fonctionnement normal, de l'indépendance ou de la neutralité du service, non-respect des obligations de service).

A l'issue de la période autorisée de cumul, l'agent est libre soit de rester dans son administration, soit de se consacrer pleinement à son activité privée. Il peut demander à être mis en disponibilité pour convenances personnelles dans les conditions prévues par les textes réglementaires (cf. article 44-b du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 pour la fonction publique de l'Etat, article 21 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 pour la fonction publique territoriale, article 31 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988 pour la fonction publique hospitalière).

Si l'agent reste dans l'administration, il est alors soumis au régime de droit commun des cumuls.

III) Modalités pratiques

1) Transmission des dossiers à la commission de déontologie

Les dossiers doivent être transmis au **secrétariat de la commission, assuré par la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP)**, avec le concours de la direction générale des collectivités locales (DGCL) et de la direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins (DHOS).

Concrètement, les saisines de la commission ainsi que les demandes d'audience émanant des intéressés, sont adressées au président :

- pour ce qui concerne les agents de la fonction publique de l'Etat, ainsi que pour les demandes présentées au titre de l'application du code de la recherche, à la DGAFP (Bureau du statut général et du dialogue social, 32 rue de Babylone, 75007 Paris) ;
- pour ce qui concerne les agents de la fonction publique territoriale, à la DGCL (sous-direction des élus locaux et de la fonction publique territoriale, 2 place des Saussaies, 75800 Paris Cedex) ;
- pour ce qui concerne les agents de la fonction publique hospitalière, à la DHOS (sous-direction des professions paramédicales et des personnels hospitaliers, 8 avenue de Ségur 75350 Paris 07 SP).

2) Obligation d'information de la commission des suites données à ses avis

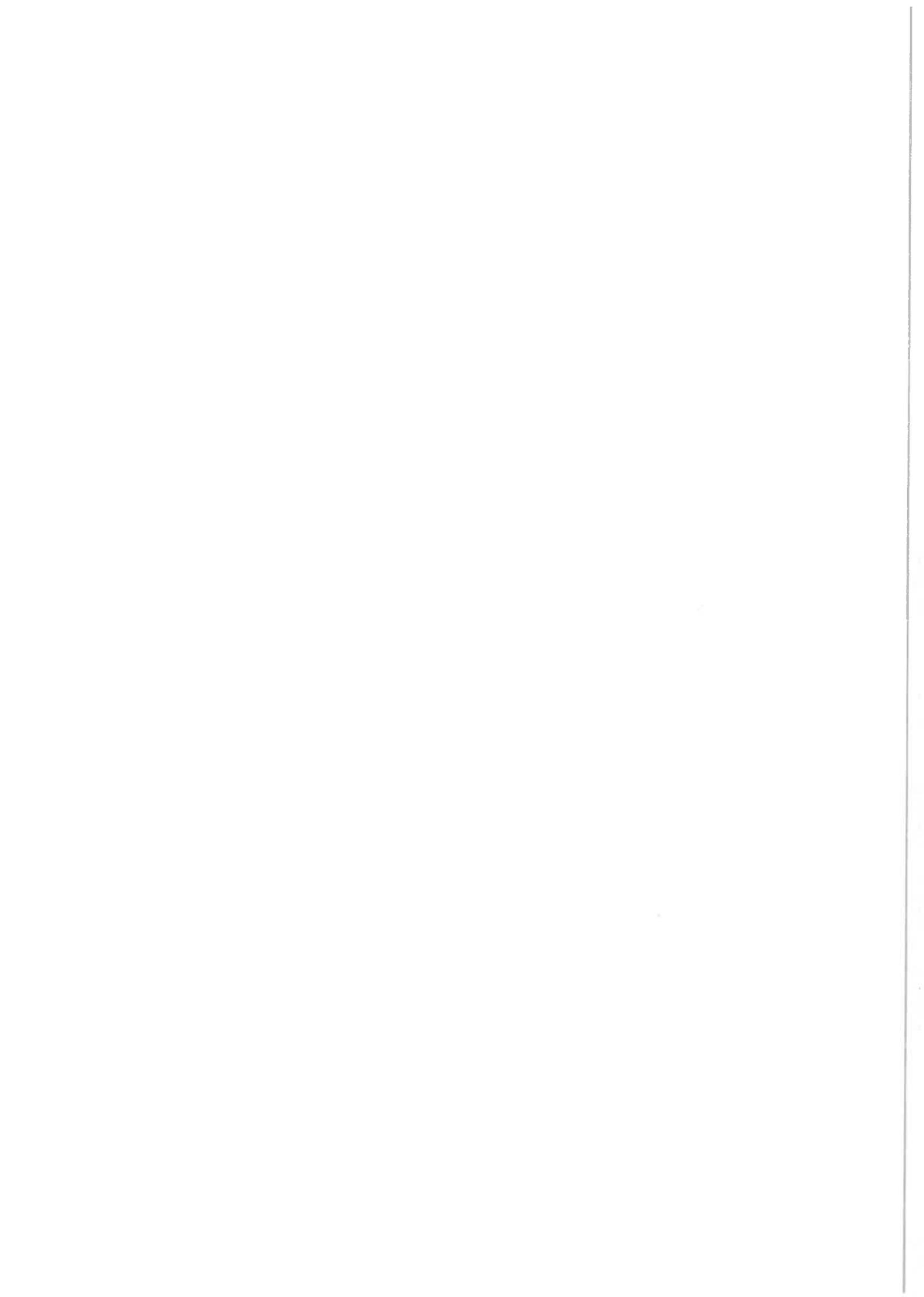
Il appartient à chaque administration d'adresser au secrétariat de la commission de déontologie :

- le bilan annuel des saisines de la commission au titre des demandes de départ vers le secteur privé et de cumul d'activités ;
- les suites qui ont été réservées aux avis de la commission, qu'elles soient positives ou négatives pour les intéressés.

Ce bilan est à transmettre, selon le même mode de répartition que celui décrit au point III-1, à la DGAFP, à la DGCL et à la DHOS.

Cette circulaire annule et remplace la circulaire du 17 février 1995 portant application du décret n° 95-168 du 17 février 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires placés en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions et aux commissions instituées par l'article 4 de la loi n° 94-530 du 28 juin 1994.

Pour le ministre et par délégation :
Le directeur général de l'administration
et de la fonction publique



RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

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

**CIRCULAIRE N° 2157 DU 11 MARS 2008 RELATIVE AU CUMUL D'ACTIVITES ET
PORTANT APPLICATION DE LA LOI N° 83-634 DU 13 JUILLET 1983 PORTANT DROITS ET OBLIGATIONS
DES FONCTIONNAIRES MODIFIEE, NOTAMMENT SON ARTICLE 25, ET DU DECRET N° 2007-648 DU 2
MAI 2007 RELATIF AU CUMUL D'ACTIVITES DES FONCTIONNAIRES, DES AGENTS NON TITULAIRES DE
DROIT PUBLIC ET DES OUVRIERS DES ETABLISSEMENTS INDUSTRIELS DE L'ETAT**

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

à

Mesdames et Messieurs les ministres, directions du personnel/des ressources humaines

Selon un principe constant du droit de la fonction publique, les agents de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et des établissements hospitaliers doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées dans l'administration qui les emploie. De ce fait, les activités que ces agents pourraient exercer en plus des fonctions qu'ils exercent à titre principal obéissent à un strict régime de dérogations. Ce principe vise d'une part à dissuader les agents de négliger leurs obligations de service au bénéfice d'une activité étrangère aux missions du service public et, d'autre part, à éviter que des intérêts extérieurs ne les conduisent à méconnaître l'intérêt général dont ils sont les gardiens.

La réglementation antérieure

Jusqu'à l'entrée en vigueur des textes cités en objet, la réglementation applicable aux agents publics en matière de cumuls découlait de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et du décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions ainsi que des articles L. 324-1 et suivants du code du travail, qui définissaient les dérogations à cette interdiction. La loi posait le principe de l'interdiction de cumul tandis que le décret-loi définissait de manière limitative les dérogations à ce principe d'interdiction.

Parmi les dérogations à l'interdiction de cumul avec une activité privée figurait le cumul pour la production d'oeuvres littéraires, artistiques ou scientifiques, les expertises, consultations ou enseignements donnés par des fonctionnaires dans les domaines relevant de leurs compétences et, pour les seuls personnels enseignants, l'exercice d'une profession libérale. Le même décret-loi prévoyait par ailleurs une dérogation spécifique relative aux cumuls d'emplois publics. Le cumul devait être autorisé par l'autorité dont relève l'agent, avoir une durée limitée et ne pas porter sur plus de deux emplois.

De son côté, l'article L. 324-1 du code du travail interdisait aux agents publics « d'occuper un emploi privé rétribué ou d'effectuer, à titre privé, un travail moyennant rémunération », la violation de cette interdiction étant pénalement sanctionnée.

La complexité de cette réglementation était source de difficultés d'interprétation et d'application, comme l'avait souligné le Conseil d'Etat, dans un rapport adopté par son Assemblée générale le 27 mai 1999.

La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique abroge le décret-loi du 29 octobre 1936, de même que l'article L. 324-1 du code du travail, et réforme profondément dans son chapitre IV (articles 20 à 25) le régime du cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, en modifiant notamment l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 ci-dessus mentionnée.

Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur au moment de la publication du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat (*Journal officiel* du 3 mai 2007).

L'esprit de la réforme

La loi de modernisation de la fonction publique et son décret d'application ont modernisé la réglementation en vigueur pour atteindre les trois objectifs suivants :

1) Assouplir le régime de cumul pour tenir compte des évolutions économiques et sociales

- Certes, le **principe de non-cumul** est rappelé par l'article 25-I de la loi du 13 juillet 1983, selon lequel les agents publics « consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées » et « ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ».

- Toutefois, les **dérogations à ce principe** (article 25-I, II et IV) - cumul avec une activité accessoire, cumul pour la création, la reprise ou la poursuite d'activité dans une entreprise, cumul d'activités des agents à temps non complet ou incomplet – sont plus nombreuses et plus clairement précisées par le décret du 2 mai 2007.

- Les **libertés essentielles** des fonctionnaires – libre gestion du patrimoine personnel et familial, libre création des œuvres de l'esprit, liberté d'exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions – sont rappelées dans la loi (article 25-III) et restent inchangées.

2) Clarifier le droit applicable

- La **procédure d'autorisation** de cumul accessoire est modernisée et expressément décrite dans le texte réglementaire.

- Les cas de **cumuls autorisés** sont précisément énumérés par le même texte, et la formulation en est simplifiée.

3) Promouvoir un principe de confiance et de responsabilisation

La demande d'autorisation de cumul constitue la base d'un accord entre l'agent et l'administration, fondé sur la confiance et la responsabilisation tant des agents qui demandent

l'autorisation de cumuler que des gestionnaires de proximité qui l'accordent en toute connaissance de cause.

Ce que change la réglementation

Sur le fond, les principaux changements peuvent être résumés en cinq points :

1) L'ouverture de nouveaux cas de cumul

Les dérogations au principe de non-cumul pour le cumul avec une activité accessoire à caractère privé sont étendues (ex. activité agricole, conjoint collaborateur...). Le cumul avec une activité accessoire à caractère public n'est plus limité à deux activités. Le plafonnement des rémunérations et le compte de cumul sont supprimés.

A côté du cumul d'activités à titre accessoire, qui était déjà autorisé, de nouvelles hypothèses de cumul sont ouvertes : le cumul pour création d'entreprise, et le cumul pour poursuite d'activités au sein d'une entreprise ou d'une association, avec un contrôle préalable de la commission de déontologie.

2) Une définition large du champ des agents auxquels s'applique le régime de cumul

Le nouveau régime de cumul s'applique à l'ensemble des agents publics (fonctionnaires, agents non titulaires de droit public et ouvriers des établissements industriels de l'Etat) quel que soit leur lieu d'affectation et la fonction publique dont ils relèvent.

Ce régime ne s'applique pas aux militaires, aux magistrats et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires.

Ce régime ne s'applique pas non plus aux agents en position de congé parental. En effet, la notion d'activité disparaît du fait de l'objet même du congé parental qui est d'élever son enfant. Si les règles relatives au cumul ne s'appliquent pas dans ce cadre, l'exercice d'une activité lucrative pourra être cependant jugé incompatible avec le congé. Il pourra s'agir soit d'un motif de refus du congé, soit, si le congé a été accordé et que l'agent s'engage dans une activité privée qui détourne le congé de son objet, d'un motif de fin anticipée du congé prononcée par l'administration. Seule une activité lucrative qui serait en lien avec le congé parental et ne porterait pas atteinte à l'objet même de ce congé (par exemple une activité d'assistante maternelle) pourrait être tolérée.

3) La simplification du droit existant pour certains cas de cumul

Les expertises et consultations peuvent être expressément réalisées auprès d'une entreprise ou d'un organisme privés. Les enseignements et formations peuvent être dispensés sans qu'ils présentent nécessairement un lien avec les compétences mises en œuvre au titre de l'activité principale, comme cela était imposé sous l'empire de la réglementation antérieure.

4) La reprise du droit existant en matière de cumul d'activités des agents employés à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure au mi-temps et l'extension de ce régime de cumul aux agents à mi-temps

La présente circulaire, après avoir présenté le dispositif général (I), décrit les régimes de cumul applicables aux agents exerçant leurs fonctions à temps complet ou à temps partiel (II). Elle

évoque ensuite les modalités du cumul d'activités au titre de la création, de la reprise ou de la poursuite d'activités au sein d'une entreprise, qui sont précisées par la circulaire du 31 octobre 2007 portant application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, et relative au contrôle de la commission de déontologie (III). Elle explicite le régime de cumul applicable aux agents à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet (IV). Elle précise enfin les conséquences de ces nouvelles dispositions en matière de gestion du personnel (V).

I) LE DISPOSITIF GENERAL : L'ENCADREMENT DES POSSIBILITES DE CUMUL

A) L'interdiction de principe

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 rappelle le principe suivant lequel les fonctionnaires doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ce principe ne connaît d'exceptions que lorsqu'elles sont expressément prévues par un texte législatif ou réglementaire transversal, tel le décret du 2 mai 2007 ci-dessus mentionné, ou spécifiques à certains corps ou cadres d'emplois de fonctionnaires.

Ce principe est assorti de plusieurs interdictions, énumérées au même article.

Ainsi interdiction est faite aux agents publics de :

- participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations qui ne satisfont pas aux conditions fixées à l'article 261-7-1°-b du code général des impôts.

Les conditions, cumulatives, fixées par l'article 261-7-1°-b du code général des impôts sont les suivantes :

- l'organisme est géré et administré, en principe à titre bénévole, par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation ;

- l'organisme ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices, sous quelque forme que ce soit ;

- les membres de l'organisme et leurs ayant-droits ne peuvent pas être déclarés attributaires d'une part quelconque de l'actif, sous réserve du droit de reprise des apports.

Serait notamment considéré comme participant à de tels organes de direction un agent public qui soit aurait la qualité de gérant, même associé (société de personnes, société anonyme à responsabilité limitée), soit serait membre d'un organe collégial de direction (de premier degré, comme le conseil d'administration ou le conseil de surveillance dans une société anonyme, ou de second degré, comme le directoire, désigné par les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance).

Dans la mesure où elle est expressément prévue par un texte, la participation de fonctionnaires à des qualités et sans contrepartie financière à l'organe de direction d'un organisme à caractère public ou à caractère privé reconnu d'utilité publique ne constitue pas une activité accessoire. En effet,

cette participation est le prolongement ou l'un des aspects de la mission confiée aux agents intéressés ;

- donner des consultations, procéder à des expertises ou plaider en justice contre l'administration dans le cadre de litiges ;

- prendre, par eux-mêmes ou par personnes interposées, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance au sein d'une entreprise avec laquelle ils peuvent avoir des relations dans le cadre de leurs fonctions.

B) Les exceptions au principe

1) *Les libertés essentielles rappelées par la loi*

Il s'agit de :

- la libre détention de parts sociales, et la libre gestion du patrimoine personnel et familial, cette liberté ayant pour limite l'acquisition de la qualité de dirigeant, de gérant ou de commerçant : un agent public peut détenir des parts sociales d'une entreprise et percevoir les bénéfices qui s'y attachent à condition de n'être qu'actionnaire de l'entreprise et de ne pas assurer de rôle dirigeant ; il peut également faire fructifier son patrimoine personnel, par exemple en louant un bien qu'il possède, sans que cette activité puisse le conduire à faire commerce de son bien dans un cadre professionnel. Cette interdiction d'avoir la qualité de gérant s'applique également aux sociétés civiles immobilières constituées pour gérer un patrimoine immobilier.

- la libre production des œuvres de l'esprit. La loi fait référence, pour définir ces œuvres, aux articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle. L'article L. 112-2 en particulier énumère les productions « notamment » considérées comme des œuvres de l'esprit¹.

- la possibilité, pour les personnels enseignants et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique, d'exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions est préservée.

Les professionnels libéraux ont le droit d'exercer selon les formes d'exercice autorisées pour chacune des professions concernées, étant rappelée l'interdiction visée au 1 du I de l'article 25 de la loi de 1983.

Même si la loi ne fait pas expressément obligation aux intéressés de solliciter, avant d'exercer une profession libérale, l'autorisation de l'administration dont ils relèvent, une information préalable de celle-ci est fortement recommandée. Elle permettra notamment à l'administration de s'assurer de l'existence d'un lien réel entre la profession libérale et la nature des fonctions des

¹ Livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; œuvres chorégraphiques, numéros et tours de cirque, pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ; compositions musicales avec ou sans paroles, œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ; œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; œuvres graphiques et typographiques ; œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ; œuvres des arts appliqués ; illustrations, cartes géographiques ; plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure.

³ Activités autorisées : voir en dernière page de ce formulaire.

agents concernés et de veiller au respect des règles déontologiques qui s'imposent aux fonctionnaires.

2) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de la réglementation transversale issue du décret du 2 mai 2007

Issues du décret du 2 mai 2007, ces exceptions font chacune l'objet d'un chapitre du décret :

- le cumul d'activités à titre accessoire, assorti d'une procédure de demande d'autorisation : ce régime de cumul s'applique aux agents à temps complet ou à temps partiel et non aux agents à temps non complet ou incomplet employés pour une durée inférieure ou égale au mi-temps (chapitre Ier) ;

- le cumul d'activités au titre de la création, de la reprise ou de la poursuite d'activités au sein d'une entreprise (chapitre II) ;

- le cumul d'activités applicable à certains agents à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet, sur la base d'un régime déclaratif (chapitre III).

3) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de dispositions particulières

a) Dispositions législatives

L'article 23 de la loi du 2 février 2007 maintient en vigueur les dispositions législatives qui ont édicté, en matière de cumul, des règles spéciales à certaines catégories de fonctionnaires.

Il en va ainsi notamment des architectes fonctionnaires ou salariés de l'Etat et des collectivités publiques (article 14 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture), des architectes des Bâtiments de France (dérogation pour exercer une activité libérale ouverte jusqu'au 31 décembre 2007, en vertu de l'article 38 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains), ou bien des praticiens hospitaliers (articles L. 6154-1 à L. 6154-7 du code de la santé publique). La liste énumérée à l'article 23 de la loi de modernisation de la fonction publique n'est pas limitative. Ces réglementations particulières continuent de s'appliquer de manière autonome.

b) Dispositions réglementaires particulières

L'article 10 du décret du 2 mai 2007 prévoit la possibilité de définir, par la voie réglementaire adéquate (décret autonome ou décret portant statut particulier d'un corps de fonctionnaire), des règles plus restrictives que le dispositif général en matière de cumul, afin de tenir compte des différences de nature ou de condition d'exercice de certaines fonctions ou des missions particulières confiées à des fonctionnaires par les statuts particuliers de leur corps ou cadre d'emploi.

Pour assurer la cohérence et le suivi de l'évolution de la réglementation en vigueur, les administrations intéressées sont invitées à se rapprocher des services de la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) lors de l'élaboration de ces réglementations spéciales.

II) LE CUMUL D'ACTIVITES A TITRE ACCESSOIRE DES AGENTS A TEMPS COMPLET OU A TEMPS PARTIEL

A) Le public visé

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 fait expressément entrer dans le champ de la réglementation relative au cumul d'activités « les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public » (article 25-I) ainsi que les « ouvriers régis par le régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat » (article 25-III).

Sont ainsi soumis à la législation et à la réglementation sur le cumul d'activités, à l'intérieur des trois fonctions publiques, les catégories d'agents suivants :

- les **fonctionnaires**, y compris les fonctionnaires stagiaires : les fonctionnaires sont les agents publics nommés dans un emploi permanent, et qui sont soit stagiaires, soit titularisés dans un grade d'une hiérarchie des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements hospitaliers. Seuls les fonctionnaires en service dans une administration sont concernés par le régime de cumul prévu par le décret du 2 mai 2007 ;

- les **agents non titulaires de droit public** : sont notamment concernés les contractuels qui entrent dans le champ d'application des décrets n° 86-83 du 17 janvier 1986 modifié (agents non titulaires de l'Etat), n° 88-145 du 15 février 1988 modifié (agents non titulaires de la fonction publique territoriale) et n° 91-155 du 6 février 1991 modifié (agents contractuels des établissements hospitaliers) ainsi que ceux à qui ces dispositions ont été rendues expressément applicables (par ex. les agents affectés dans des groupements d'intérêt public ou des autorités publiques indépendantes). Sont également compris dans cet ensemble les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales (décret n° 87-1004 du 16 décembre 1987 modifié). En revanche, sont exclus des dispositions du décret du 2 mai 2007 les agents en service à l'étranger ainsi que les agents engagés pour exécuter un acte déterminé (vacataires) ;

- les **ouvriers des établissements industriels de l'Etat** qui relèvent du décret n° 2004-1056 du 5 octobre 2004 relatif au régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat : ce sont des agents publics non fonctionnaires, en poste principalement au sein des ministères chargés de la défense et de l'équipement.

Le régime de cumul s'applique aux fonctionnaires, aux agents non titulaires de droit public et aux ouvriers des établissements industriels de l'Etat quel que soit leur lieu d'affectation et qu'ils exercent leurs fonctions à temps complet ou à temps partiel. En effet, **la loi a supprimé les restrictions aux possibilités de cumul qui s'imposaient auparavant aux agents à temps partiel**. Par conséquent, les dispositions des articles 7 et 13 de l'ordonnance n° 82-296 du 31 mars 1982 relative à l'exercice de fonctions à temps partiel par les fonctionnaires et les agents des collectivités locales et de leurs établissements publics à caractère administratif, qui reprenaient les restrictions aujourd'hui abrogées dans les lois statutaires, ne trouvent plus à s'appliquer.

Il convient d'ajouter à ces trois catégories principales celle des agents exerçant leurs fonctions à temps non complet ou à temps incomplet pour une durée inférieure ou égale au mi-temps (*cf.* III).

B) Le champ d'application

L'article 1er du décret introduit d'une manière générale la possibilité offerte aux agents publics à temps plein ou à temps partiel de cumuler des activités accessoires à leur activité principale, à condition d'y être autorisés et de ne pas porter atteinte, en exerçant ces activités, au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service.

Par activité principale, il convient d'entendre l'activité statutaire du fonctionnaire ou l'activité qui justifie le recrutement d'un agent non titulaire, telle que définie dans son contrat. C'est l'activité exercée dans le cadre professionnel habituel qui est qualifiée de « principale » et ce indépendamment de la quotité de temps de travail. *A contrario*, l'activité est réputée « accessoire » dès lors qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un cumul et qu'elle ne constitue pas une modalité d'exercice de l'activité principale de l'agent, inhérente à sa fonction et exercée dans le cadre de son service.

La réglementation de l'activité accessoire traduit l'objectif d'une plus grande souplesse dans le cumul d'activités accessoires à condition que celui-ci ne porte pas atteinte à l'activité pour laquelle un agent public a été recruté et est employé au sein d'une administration. Le cumul d'activités doit ainsi s'apprécier au regard des intérêts du service public et des règles déontologiques qui s'imposent aux agents publics.

En effet, l'exercice d'une activité accessoire pourrait avoir pour effet, d'une part, de réduire l'attention portée par l'agent à ses fonctions administratives principales, d'autre part, d'exposer cet agent à des tentations et confusions d'intérêts, en particulier dans le cas où l'activité accessoire revêt un caractère privé.

Il pourrait ainsi être porté atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service si l'agent contribuait, de quelque manière que ce soit, à placer l'organisme à caractère privé auprès duquel il exerce son activité accessoire dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

L'autorisation donnée par l'administration à partir d'une demande écrite et détaillée permet une mesure réaliste du temps consacré à ou aux activité(s) accessoire(s). Cette procédure protège également l'agent d'éventuelles poursuites disciplinaires, voire pénales (voir *infra* sur le respect de l'article 432-12 du code pénal).

Le cumul avec des activités accessoires ne pourra intervenir dans le temps pendant lequel les agents sont à la disposition de leur employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, sauf autorisation donnée par le chef de service.

1) *Le caractère accessoire*

Le caractère accessoire de l'activité doit être apprécié au cas par cas, en tenant compte de trois éléments :

a) *l'activité envisagée* : pour caractériser l'activité, la technique du « faisceau d'indices » peut utilement être appliquée à partir des informations obligatoirement mentionnées par l'agent dans sa demande écrite d'autorisation. Ces informations, précisées à l'article 5 du décret du 2 mai 2007, portent au minimum sur l'identité de l'employeur, la nature, la durée, la périodicité et les

conditions de rémunération de l'activité. Elles serviront à l'employeur de critères pour déterminer si l'activité paraît accessoire au regard de l'activité professionnelle principale de l'agent ;

b) les conditions d'emploi de l'agent : cette appréciation est à rapporter aux modalités d'emploi de l'agent : une même activité peut présenter un caractère accessoire pour un agent à mi-temps alors qu'il pourra en être apprécié autrement pour un agent à temps plein ;

c) les contraintes et sujétions particulières afférentes au service dans lequel l'agent est employé, au regard notamment de l'impact de cette activité sur le service et la manière de servir de l'agent.

2) Les activités susceptibles d'être autorisées au titre du cumul accessoire

L'article 2 du décret du 2 mai 2007 établit une liste limitative des activités privées qui peuvent faire l'objet d'un cumul :

a) Les expertises ou consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privés sous réserve des dispositions du 2° du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983

Ces expertises ou consultations ne sont pas limitées au seul domaine de compétence professionnel de l'agent ou à la nature des missions que celui-ci exerce actuellement dans l'administration. De portée très vaste, ce cas de cumul accessoire doit cependant tenir compte des règles déontologiques qui s'imposent aux agents publics. En particulier, un agent ne saurait pratiquer des consultations et expertises qui seraient contraires aux intérêts de toute personne publique, et pas seulement de la personne publique qui l'emploie.

Pour ce type de cumul, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

Même si le décret ne l'indique pas expressément, la possibilité demeure pour tout agent public d'effectuer des expertises ou consultations au profit d'une autorité administrative ou judiciaire.

b) Les enseignements ou formations

Tout agent public qui y est autorisé peut désormais dispenser, à titre accessoire, un enseignement ou une formation dans une matière ou un domaine qui ne présenterait pas nécessairement un lien avec son activité principale.

Les administrations sont invitées à demander aux agents sollicitant une autorisation les informations les plus précises possibles sur l'objet exact de l'enseignement ou de la formation dont il s'agit, ainsi que sur l'organisme au sein duquel s'exercera, le cas échéant, cette activité accessoire.

Ces précisions auront notamment pour effet d'éclairer l'administration quant au respect des obligations déontologiques qui s'imposent aux agents. Elle vérifiera ainsi que l'activité exercée au titre du cumul ne porte pas atteinte à la dignité du service public.

Pour éclairer cette notion, les administrations pourront se référer à la jurisprudence de la commission de déontologie qui fournit des exemples d'activités manifestement incompatibles

avec le service. De manière générale, tout enseignement ou formation de nature à mettre en cause la dignité des fonctions d'un agent ne saurait être autorisée dans ce cadre.

c) Activité agricole

Deux types d'activités agricoles sont autorisés :

c-1: l'activité agricole au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural dans des exploitations agricoles non constituées sous forme sociale

Aux termes de l'article L. 311-1 du code rural, « sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Les activités de cultures marines sont réputées agricoles, nonobstant le statut social dont relèvent ceux qui les pratiquent. Il en est de même des activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation, à l'exclusion des activités de spectacle ».

Toutes les activités agricoles se rattachant à cette définition peuvent être autorisées, pour autant qu'elles revêtent un caractère accessoire et ne s'exercent pas dans un cadre commercial. Il peut s'agir, à titre d'exemple, d'un agent public qui possède un patrimoine agricole de dimension modeste (cultures de petite taille, cultures vivrières...) et qui souhaiterait entretenir ce patrimoine au moyen de la vente des produits qu'il en retire, ou bien profiter de ses loisirs pour se constituer des ressources financières accessoires, sans que cette activité le conduise à créer une société civile ou commerciale.

c-2 : l'activité agricole exercée dans des exploitations constituées sous forme de société civile ou commerciale, sous réserve que l'agent public ne participe pas aux organes de direction d'une telle société, sauf lorsqu'il s'agit de la gestion de son patrimoine personnel et familial.

Cette liberté de gestion, rappelée par la loi (voir I-B-1 page 5), vise notamment à protéger la transmission des biens familiaux, dans le cas par exemple où un agent public se retrouve le conjoint survivant d'un exploitant agricole, ou bien l'héritier d'une exploitation de ce type.

Dans tous les autres cas, la création d'une société civile ou commerciale pour exercer une activité agricole n'est autorisée, pour une période limitée, que dans les conditions prévues par le chapitre II du décret du 2 mai 2007.

d) Travaux d'extrême urgence dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir des accidents imminents ou organiser des mesures de sauvetage

Cette dérogation reprend une disposition de l'article L. 8261-3 du code du travail et vise les cas où la formalité de la demande d'autorisation est impossible à accomplir.

e) Travaux ménagers de peu d'importance réalisés chez des particuliers

Cette dérogation est également à rapprocher d'une disposition de l'article L. 8261-3 du code du travail. De tels travaux peuvent être rémunérés au moyen du chèque emploi service universel (cf. articles L. 129-5 et suivants du code du travail).

Il peut s'agir soit d'activités effectuées exclusivement à domicile (entretien de la maison, petits travaux de jardinage, garde d'enfants, gardiennage et surveillance temporaire, soins et promenades d'animaux domestiques *etc.*), soit d'activités partiellement réalisées en dehors du domicile, si la prestation fait partie d'une offre de service à domicile (livraison de repas à domicile, collecte et livraison à domicile de linge repassé, livraison de courses à domicile, *etc.*).

f) Aide à domicile à un ascendant, à un descendant, à son conjoint, à son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou à son concubin, permettant à l'agent de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide

Cette disposition ouvre expressément à l'agent public le droit, en échange de l'aide qu'il apporte à un proche, de percevoir les allocations correspondantes, lorsqu'il en existe (ex. allocation personnalisée d'autonomie).

g) Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale ou commerciale mentionnée à l'article R. 121-1 du code de commerce et, s'agissant des artisans, à l'article 14 du décret n° 98-247 du 2 avril 1998

L'article R. 121-1 du code de commerce définit le conjoint collaborateur comme « le conjoint du chef d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du code civil ». Dans la mesure où une activité professionnelle régulière peut revêtir un caractère accessoire, ce cas de cumul peut faire l'objet d'une autorisation.

Le choix du statut de conjoint collaborateur n'est pas remis en question par le départ à la retraite de l'agent public.

Le cumul accessoire peut prendre des formes juridiques différentes et n'en exclut *a priori* aucune : contrat de travail, vacation, intervenant à titre libéral, *etc.*

3) Le cumul d'une activité publique principale et d'une activité d'intérêt général accessoire

L'article 3 du décret du 2 mai 2007 prévoit deux cas de cumul avec une activité d'intérêt général lucrative ou non lucrative :

a) Le cumul avec une activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif

a-1) L'intérêt général est une notion dont la plasticité est inhérente à l'évolution des besoins sociaux à satisfaire et des nouveaux enjeux auxquels est confrontée la société.

Tout service public est chargé d'une mission d'intérêt général. *A contrario*, une activité d'intérêt général n'est pas forcément un service public. Le caractère d'intérêt général peut être apprécié au regard notamment :

- de la satisfaction d'un besoin collectif ;
- de la finalité de l'activité ou de l'objet de l'organisme qui en assure l'exercice, en lien avec les grandes fonctions de la puissance publique : finalité d'ordre ou de régulation ; finalité sanitaire, de protection et de cohésion sociale ; finalité éducative, culturelle ou sportive ; protection de l'environnement, etc.
- de la nature du lien existant avec la personne publique s'agissant d'une activité exercée auprès d'une personne privée à but non lucratif (procédure d'agrément) ;
- de l'applicabilité des règles de droit public à tout ou partie de cette activité ;
- du financement pour tout ou partie de l'activité par des fonds publics, etc.

La notion d'activité doit être entendue comme une action limitée dans le temps, qui peut être occasionnelle ou régulière : mission, vacation, expertise, conseil, formation, etc. S'agissant de l'activité assurée auprès d'une personne publique, en particulier, il ne peut s'agir de pourvoir un emploi vacant, y compris lorsqu'il s'agit d'un emploi à temps incomplet ou non complet et ce, quelque soit la quotité de travail de celui-ci.

a-2) Un agent peut cumuler une activité accessoire avec son activité principale non seulement auprès d'une personne publique, mais également auprès d'une personne privée à but non lucratif. Il peut s'agir, dans ce dernier cas, d'une association ou d'une fondation reconnue d'utilité publique, ou bien d'une association contribuant au service public, lié à elle en raison d'un acte unilatéral ou contractuel.

Les critères d'appréciation de la non-lucrativité - caractère intéressé ou non de la gestion, situation de l'organisme au regard de la concurrence, examen des conditions d'exercice de l'activité - s'apprécient au regard des dispositions fiscales (*Bulletin officiel des impôts* 4 H-5-06 du 18/12/2006).

b) Le cumul avec une mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger, pour une durée limitée

Comme le souligne le Conseil d'Etat dans un rapport relatif à la mobilisation de l'expertise publique sur les actions de coopération institutionnelle internationale (juillet 2003), de telles actions sont de plus en plus souvent accomplies par des agents publics à titre d'activité accessoire, parfois rémunérée, sans que ce type de mission relève explicitement d'un cas de cumul prévu par les textes en vigueur avant la publication du décret du 2 mai 2007.

Désormais, ce cas de cumul est prévu par le décret, au sens le plus large, c'est-à-dire en incluant les missions d'une durée limitée auprès d'un Etat étranger.

4) La liberté d'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif

L'exercice d'une activité bénévole relève de la vie privée des agents publics. A ce titre, elle n'est soumise à aucune demande d'autorisation préalable, à la condition de respecter les interdictions mentionnées à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (voir I-A : L'interdiction de principe).

Ainsi, même s'il s'agit d'une activité à but non lucratif, un agent public n'a pas le droit :

- de participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations, sauf en ce qui concerne les organismes sans but lucratif dont la gestion est désintéressée et qui présentent un caractère social ou philanthropique ;
- de donner des consultations, procéder à des expertises ou plaider en justice contre l'administration ;
- de prendre, directement ou par personnes interposées, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance au sein d'une entreprise avec laquelle ils peuvent avoir des relations dans le cadre de leurs fonctions.

Ne constitue pas non plus une activité bénévole la conclusion d'un contrat de volontariat associatif avec une association ou une fondation reconnue d'utilité publique, prévue dans la loi n° 2006-586 du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif et à l'engagement éducatif. En effet, outre l'incompatibilité du contrat de volontariat associatif avec « toute activité rémunérée à l'exception de la production d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques ainsi que des activités accessoires d'enseignement » (article 3 de la loi), la personne qui souscrit à un tel contrat n'a pas la qualité de bénévole (l'article 9 de la loi prévoit le versement d'une indemnité).

5) Le contrat vendanges

Ce contrat, prévu par les articles L. 122-3-18 à L. 122-3-20 du code du travail, a pour objet la réalisation des travaux de vendanges, des préparatifs de la vendange à la réalisation de celle-ci, travaux de rangement inclus. D'une durée maximale d'un mois, il a été expressément ouvert aux agents publics par la loi du 2 février 2007, qui a modifié le code du travail en ce sens (*cf.* article L. 122-3-20).

Dans le tableau ci-dessous figurent quelques exemples-types d'activités accessoires susceptibles ou non d'être autorisées.

1) Activités accessoires susceptibles d'être autorisées

Exemple 1 : un agent à temps plein dispense deux heures de formation par semaine dans un organisme public ou privé.

Exemple 2 : un agent à temps partiel (70 %) consacre une journée par semaine à effectuer des travaux de jardinage chez des particuliers.

Exemple 3 : un agent à temps plein aide à domicile à un parent le lundi et le vendredi à partir de 18 heures 30.

Exemple 4 : un agent à temps partiel (80%) qui exerce une activité de documentaliste dans une direction départementale de l'agriculture est employé le vendredi par l'office du tourisme de sa commune de résidence.

Exemple 5 : un agent à temps plein d'une commune exerce pendant trois mois une mission de coordination au sein d'un établissement public de coopération intercommunale qui vient d'être créé.

2) Activités accessoires non susceptibles d'être autorisées

Exemple 1 : un agent public à temps plein ne peut solliciter un cumul pour exercer une activité accessoire comme vendeur de biens (contrairement à la prestation de services qui est susceptible d'être autorisée sous la forme d'expertises ou de consultations).

Exemple 2 : la création d'entreprise n'est pas une activité accessoire ; le cumul à ce titre n'est possible que dans le cadre des dispositions du chapitre II du décret du 2 mai 2007.

Exemple 3 : une activité d'enseignement qui occuperait un agent public à temps plein pendant l'équivalent de trois journées par semaine n'a pas un caractère accessoire.

Exemple 4 : un agent public ne peut pas tenir le secrétariat ou la comptabilité de l'entreprise de son conjoint s'il n'a pas le statut de conjoint collaborateur.

Exemple 5 : un agent public ne peut donner des expertises ou des consultations auprès d'un organisme qui se trouverait en concurrence avec l'administration sur le même champ d'activités (ex. bureau d'études techniques en aménagement urbain qui se situerait dans le ressort de la direction départementale de l'équipement où travaille l'agent).

Exemple 6 : nonobstant l'existence de règles déontologiques propres, un inspecteur du permis de conduire ne peut dispenser une formation dans une auto-école qui préparerait des candidats devant passer l'examen devant cet inspecteur.

C) Le régime d'autorisation

Décrit aux articles 4 à 8 du décret du 2 mai 2007, le régime d'autorisation s'impose dans tous les cas, que le cumul de l'activité principale s'opère avec une activité accessoire à caractère privé ou à caractère public, hormis les cas où cette activité s'effectue à titre bénévole (cf. II-B-3-d).

1) *Obligation d'information*

Il appartient aux administrations de sensibiliser les personnels quant aux possibilités nouvelles de cumul prévues par le décret, et à la nécessité d'être préalablement autorisés pour en bénéficier. La faculté dont dispose l'administration de s'opposer à tout moment à la poursuite d'une activité autorisée antérieurement doit aussi être soulignée, en expliquant ce qui motiverait ce changement.

2) *Demande d'autorisation de cumul*

L'agent qui envisage de cumuler une ou des activité(s) accessoire(s) à son activité principale doit au préalable demander l'autorisation de pratiquer ce cumul à l'autorité hiérarchique appropriée selon les règles de gestion de personnel en vigueur au sein de l'administration dont il relève pour l'exercice de ses fonctions. Les agents concernés doivent accomplir toute diligence pour formuler cette demande dans des délais raisonnables avant le début de l'activité envisagée.

La demande d'autorisation préalable est écrite et l'autorité compétente doit en accuser réception dans la même forme. Cette demande comprend, au minimum, des informations sur :

- la nature de l'employeur ou de l'organisme pour le compte duquel s'exercera l'activité accessoire ;

L'employeur est une personne physique, personne morale, de droit public ou de droit privé, nationale ou étrangère.

- la nature, la durée, la périodicité et les conditions de rémunération de cette activité.

Le demandeur précise la nature et les conditions dans lesquelles il exercera cette activité, le domaine d'activité dans lequel elle intervient et le lien éventuel avec son activité principale (cette dernière mention permettra au responsable hiérarchique d'apprécier la compatibilité du cumul avec les obligations déontologiques qui s'imposent aux fonctionnaires).

Il doit indiquer la durée totale de l'activité et si elle est fractionnée, le nombre de jours, de mois ou d'heures par semaine.

Il est souhaitable que soit précisé le montant de la rémunération totale ou rapportée au nombre d'heures passées dans le cadre de l'activité cumulée.

Au-delà de ce minimum, l'agent fournit toutes les informations complémentaires de nature à vous éclairer avant la délivrance de l'autorisation, de sa propre initiative ou si vous l'estimez nécessaire. Dans ce dernier cas, l'administration dispose d'un délai de quinze jours, à compter de la réception de la demande de l'agent, pour inviter l'intéressé à fournir ces informations complémentaires.

Dans le cas d'un détachement ou d'une mise à disposition, l'autorité hiérarchique est celle de l'administration d'emploi.

L'autorisation peut être partielle et n'accorder qu'une partie du cumul sollicité (limite dans la durée ou limites posées en cas de difficultés sur le plan déontologique).

Pour des raisons évidentes, le régime d'autorisation préalable peut s'avérer très contraignant dans le cadre de l'exécution de travaux d'extrême urgence (cf. article 2-4° du décret du 2 mai 2007). Une demande d'autorisation orale pourra néanmoins être formulée, et l'autorisation pourra être donnée dans les mêmes formes sous réserve d'une régularisation postérieure.

3) Renouvellement de l'autorisation

Une nouvelle demande d'autorisation doit être présentée par l'agent en cas de changement substantiel touchant les conditions d'exercice ou de rémunération de l'activité accessoire : en effet, un tel changement est assimilé à l'exercice d'une nouvelle activité, justifiant une demande d'autorisation distincte de la précédente.

Un changement substantiel vise une modification importante des conditions d'exercice de l'activité cumulée, en tenant compte des critères évoqués en II-B-1 (nature de l'employeur, nature de l'activité, durée, périodicité et conditions de rémunération). La reconduction d'une activité (par renouvellement d'un contrat par ex.) qui présentait un caractère ponctuel lors de la demande peut être considérée comme un changement substantiel. En revanche, n'est pas considéré comme substantiel un changement qui n'affecte pas les conditions d'exercice de l'activité cumulée et qui n'est pas de nature à modifier l'appréciation de l'autorité administrative qui autorise le cumul

(ex. : changement exceptionnel d'horaire dans le cas d'une activité périodique, dès lors que les nouveaux horaires n'empiètent pas sur les heures de travail).

En outre, si le décret du 2 mai 2007 ne prévoit pas d'échéance particulière à l'autorisation prononcée par l'autorité administrative, il lui est cependant loisible de limiter dans le temps la durée de son autorisation, notamment pour les activités présentant un caractère périodique et pouvant être reconduites indéfiniment. Dans ce cas, le supérieur hiérarchique peut autoriser le cumul pour une durée déterminée, correspondant par exemple à la durée du contrat d'engagement d'un agent non titulaire, ou une durée définie d'un commun accord avec l'intéressé, ou une durée fixée en référence avec le calendrier civil (une année calendaire, douze mois glissants à compter de la notification de l'autorisation, etc.).

A toutes fins utiles, un modèle de demande d'autorisation est proposé en annexe à la présente circulaire.

4) Décision de l'administration

Avant de prendre la décision d'autoriser un agent à exercer une activité accessoire, l'administration doit s'assurer que :

- cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ;
- dans l'exercice de cette activité, l'agent n'enfreindra pas les dispositions de l'article 432-12 du code pénal. Cet article punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public... de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

La décision de l'autorité hiérarchique doit être notifiée à l'agent dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Ce délai est porté à deux mois dans le cas où l'agent a été invité à fournir des informations complémentaires. En l'absence de décision expresse écrite contraire dans ce délai, l'agent est réputé autorisé à exercer l'activité accessoire.

L'autorisation ainsi donnée n'est pas définitive, puisque l'administration peut à tout moment s'opposer à la poursuite de l'activité autorisée. Deux cas peuvent se présenter :

- *Premier cas* : l'autorisation de cumul a été accordée alors que les conditions exigées par la réglementation n'étaient pas remplies.

Dans ce cas, l'administration revient à la situation qui prévalait avant que ne soit édictée l'autorisation individuelle considérée en la retirant.

Le retrait est rétroactif et consiste à revenir sur les effets passés d'une décision.

Dans le cas où le non-respect des conditions réglementaires n'était pas intentionnel :

La décision d'autoriser le cumul, créatrice de droits, pouvant être implicite (voir article 6 du décret du 2 mai 2007), il y a lieu d'appliquer, le cas échéant, la règle posée à l'article 23 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les

administrations, selon laquelle une décision implicite d'acceptation ne peut être retirée, pour illégalité, par l'autorité administrative que dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle est intervenue la décision.

Dans le cas de l'autorisation explicite, le délai de retrait est de quatre mois (Conseil d'Etat, *Ternon*, 26 octobre 2001).

Dans le cas où le non-respect des conditions réglementaires était intentionnel :

Selon la jurisprudence, les décisions obtenues par fraude ne créent aucun droit et peuvent donc être retirées à tout moment (CE, 17 juin 1955 *Silberstein* : décision autorisant un étranger à postuler un diplôme universitaire en conséquence de la production d'un certificat mensonger ; CE 18 novembre 1966 *Silvani* : délivrance d'un certificat d'aptitude à la suite d'épreuves entachées de fraude).

La logique du retrait implique normalement le reversement des sommes perçues à l'occasion de l'exercice d'une activité qui ne pouvait pas être cumulée avec l'emploi principal.

- *Second cas* : les conditions auxquelles est assortie l'autorisation de cumul, remplies par l'agent à l'origine, cessent de l'être ultérieurement.

L'administration peut dans ce cas *abroger* l'autorisation de cumul dans le délai de recours contentieux, c'est-à-dire la remettre en cause *pour l'avenir* sans porter atteinte aux effets déjà produits par celle-ci, suite à un changement intervenu dans les circonstances de fait tel que les conditions ayant permis son intervention ne se trouvent plus remplies.

Il peut s'agir d'événements très variés concernant aussi bien l'activité principale que l'activité accessoire exercée par l'intéressé. Pour apprécier la compatibilité de la poursuite d'un cumul autorisé avec l'activité principale, l'administration pourra tenir compte, par exemple, du niveau du poste occupé par l'agent, de son degré d'implication dans son activité principale depuis qu'a été accordée l'autorisation de cumul, de la situation au regard des effectifs dans la structure où il l'exerce. Des questions de même nature pourraient se poser en cas de changement d'affectation du fonctionnaire ou de l'agent public intéressé. En outre, les conditions d'exercice de l'activité accessoire peuvent aussi avoir évolué depuis l'octroi de l'autorisation de cumul, dans des conditions amenant l'autorité compétente à estimer que son exercice risque de préjudicier à l'activité principale.

D'une manière générale, les décisions prises en matière de cumul entrent dans le champ d'application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 modifiée relative à la motivation des actes administratifs.

En vertu de l'article 1^{er} de cette loi, devront être motivées les décisions refusant une autorisation de cumul, les décisions subordonnant une telle autorisation à des conditions restrictives ou imposant des sujétions, ainsi que celles qui retireraient ou abrogeraient une autorisation de cumul. De telles décisions devront donc indiquer expressément à l'intéressé les considérations de droit (dispositions législatives et réglementaires applicables) et de fait (intérêt du service apprécié au regard de l'emploi occupé par l'agent, de l'activité accessoire qu'il souhaite cumuler avec ce dernier...) sur le fondement desquelles elle est prise.

D) Dispositions propres aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales

L'article 2 du décret n° 87-1004 du 16 décembre 1987 modifié relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales interdit à ces derniers d'être affectés à un emploi permanent d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public en relevant. Cette interdiction est rappelée à l'article 21 du décret du 2 mai 2007. Ces collaborateurs de cabinet peuvent toutefois être autorisés à cumuler leurs fonctions avec celles de collaborateur d'un député à l'assemblée nationale, d'un sénateur ou d'un représentant au Parlement européen.

III) LE CUMUL POUR LA CREATION, LA REPRISE OU LA POURSUITE D'ACTIVITE AU SEIN D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE ASSOCIATION

La loi du 2 février 2007 et le décret du 2 mai 2007 ont introduit deux nouvelles possibilités de cumul.

Un agent public peut créer ou reprendre une entreprise après déclaration à l'autorité dont il relève tout en poursuivant ses fonctions administratives. Cette déclaration est soumise à l'examen de la commission de déontologie, l'autorité administrative se prononçant au vu de l'avis rendu par la commission. Cette possibilité de cumul est ouverte pour une période d'une année renouvelable une fois. Pour exercer le cumul, l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée de plein droit, même si l'agent peut choisir de rester à temps plein.

De même, un agent qui entre dans la fonction publique, par concours ou après un recrutement sur contrat, peut continuer à exercer son activité privée au sein d'une entreprise ou d'une association, pour la même durée d'un an renouvelable une fois, après déclaration à l'autorité dont il relève et avis de la commission de déontologie. La même possibilité d'exercer à temps partiel est ouverte.

Lorsqu'un agent souhaite, une fois écoulée la période consacrée à la création, à la reprise ou à la poursuite d'activité dans une entreprise, continuer à exercer la même activité, il peut choisir de se placer en disponibilité au titre de la création d'entreprise. La jurisprudence récente de la commission de déontologie indique qu'il n'est pas nécessaire de la saisir une nouvelle fois en l'absence de changement d'activité.

Les modalités d'application d'un tel cumul sont précisées par la circulaire du 31 octobre 2007 portant application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, du décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie et du chapitre II du décret n° 2007-648 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat.

IV) LE REGIME DU CUMUL D'ACTIVITES APPLICABLE A CERTAINS AGENTS A TEMPS NON COMPLET OU EXERCANT DES FONCTIONS A TEMPS INCOMPLET

A) Le public visé

Il s'agit d'agents occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure ou égale à la moitié de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics employés à temps complet.

Ces agents peuvent être :

a) des fonctionnaires ;

b) des agents non titulaires ;

c) des agents dont le contrat est soumis aux dispositions du code du travail en application des articles 34 et 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Il s'agit d'agents contractuels qui exercent leurs fonctions soit dans la fonction publique de l'Etat, soit dans la fonction publique territoriale, auxquels la loi du 12 avril 2000 a reconnu le droit de bénéficier d'un contrat à durée indéterminée, en exerçant éventuellement leurs fonctions à temps incomplet (dans la fonction publique de l'Etat), et d'opter s'ils le souhaitent pour la soumission au droit privé (agents relevant de la jurisprudence dite « Berkani »).

Dans la fonction publique territoriale, les emplois permanents à temps non complet sont régis par le décret n° 91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet.

Dans la fonction publique hospitalière, seuls les agents non titulaires peuvent occuper des emplois permanents à temps non complet, et ce pour une durée inférieure au mi-temps (*cf.* article 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986).

Les agents exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet sont des agents non titulaires de l'Etat, dont la durée de travail est inférieure à 70 % de la durée d'un emploi à temps plein.

Compte tenu des conditions d'emploi particulières de ces agents, les possibilités de cumul d'activité qui leur sont accordées sont plus larges que pour les agents à temps complet ou à temps partiel.

B) Le champ d'application

1) Le cumul avec une activité privée lucrative

Les articles 15 et 16 du décret prévoient que ces agents peuvent, en sus de leur activité publique, exercer une activité privée lucrative après en avoir informé l'autorité dont ils relèvent. Il ne s'agit donc pas d'un régime d'autorisation préalable, comme dans le cadre du cumul d'activités accessoires.

L'administration doit néanmoins vérifier que l'activité privée est compatible avec les obligations de service de l'intéressé et qu'elle ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à

l'indépendance ou à la neutralité du service. Si ces deux conditions ne sont pas respectées, l'administration peut s'opposer à l'exercice ou à la poursuite ou à l'exercice de l'activité privée.

Par ailleurs, dans le cadre de ce cumul, l'agent est soumis aux dispositions de l'article 432-12 du code pénal relatif à la prise illégale d'intérêt dans l'exercice des fonctions.

2) Le cumul avec une ou plusieurs activité(s) publique(s)

L'article 17 du décret autorise le cumul d'activités publiques auprès des administrations et services mentionnés à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983, c'est-à-dire les administrations de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements, ainsi que les établissements publics hospitaliers, sociaux ou médico-sociaux.

La durée totale de travail résultant de ce cumul est toutefois plafonnée, puisqu'elle ne doit pas dépasser 100 % d'un emploi à temps complet pour la fonction publique de l'Etat et la fonction publique hospitalière. Cependant, pour les fonctionnaires territoriaux, ce plafond est relevé à 115 %, conformément à l'article 8 du décret n° 91-298 du 20 mars 1991. En outre, l'agent doit tenir informée, par écrit, chaque autorité auprès de laquelle il exerce des fonctions de ce cumul.

V) LES CONSEQUENCES DU CUMUL EN TERMES DE GESTION DE PERSONNEL

A) Le traitement des autorisations de cumul déjà accordées

Les autorités compétentes disposent d'un délai de deux ans à compter de la publication du décret du 2 mai 2007 pour confirmer expressément les autorisations de cumul accordées sur la base des dispositions du décret-loi du 29 octobre 1936. Si une telle confirmation n'est pas intervenue dans ce délai, les autorisations de cumul correspondantes sont abrogées.

Les agents bénéficiant d'une autorisation dans le cadre du régime antérieur pourront être invités à renouveler leur demande auprès de leur autorité hiérarchique.

B) Les informations versées au dossier de l'agent

Il s'agit :

- des demandes d'autorisation de cumul (chapitre Ier du décret du 2 mai 2007),
- des déclarations de cumuls d'activités (chapitre II),
- des décisions administratives prises sur leur fondement (chapitre I et II).

C) Les sanctions en cas de non-respect de la réglementation sur les cumuls

Elles sont de deux ordres :

- le reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue sur le traitement ;
- une des sanctions disciplinaires prévues par l'article 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, l'article 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et l'article 81 de la loi n° 86-33 du 9 janvier

1986, dont le niveau de sévérité est apprécié par l'autorité disciplinaire en fonction du degré de gravité du manquement à l'obligation de non-cumul constaté.

Ces sanctions administratives sont prononcées sans préjudice des peines qui peuvent être prononcées en cas de mise en cause de la responsabilité pénale d'un agent public, notamment sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal (prise illégale d'intérêts).

Les sommes indûment perçues devant être reversées sont exclusivement celles correspondant aux rémunérations de l'activité accessoire qu'il était interdit de cumuler avec l'activité principale (cf. CAA Paris, 4 mars 2004, *Lellouche*, req. N° 03PA00861).

D) La suppression du compte de cumul

Ce compte était institué par le décret n° 58-430 du 11 avril 1958 fixant les conditions d'application de l'article 12 du décret-loi du 29 octobre 1936, qui prévoyait l'existence d'un relevé de l'ensemble des rémunérations publiques perçues par un agent. Irrégulièrement appliqué selon les administrations et source de confusion, le compte de cumul disparaît avec l'abrogation du décret du 11 avril 1958, mais demeure applicable aux comptes arrêtés au 31 décembre 2006.

La suppression du compte de cumul n'implique pas que les modalités et l'ampleur des rémunérations n'entrent pas en compte dans l'appréciation de la compatibilité du cumul entre l'activité principale et une ou plusieurs activité(s) accessoire(s). Elle s'inscrit dans un cadre où la rémunération n'est que l'une des composantes objectives permettant de juger de la recevabilité d'une demande de cumul au regard de l'intérêt du service et des obligations déontologiques qui s'imposent aux agents publics.

Pour le Ministre
et par délégation
Le Directeur général de l'Administration
et de la Fonction Publique



Paul PENK

Circulaire cumul – Sommaire

<u>La réglementation antérieure</u>	p. 1
<u>L'esprit de la réforme</u>	p. 2
Assouplir le régime de cumul pour tenir compte des évolutions économiques et sociales	
Clarifier le droit applicable	
Promouvoir un principe de confiance et de responsabilisation	
<u>Ce que change la réglementation</u>	p. 3
L'ouverture de nouveaux cas de cumul	
Une définition large du champ des agents auxquels s'applique le régime de cumul	
La simplification du droit existant pour certains cas de cumul	
La reprise du droit existant en matière de cumul d'activités des agents employés à temps non complet ou exerçant des fonctions à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure au mi-temps et l'extension de ce régime de cumul aux agents à mi-temps	
I – LE DISPOSITIF GENERAL : L'ENCADREMENT DES POSSIBILITES DE CUMUL	p. 4
A) <u>L'interdiction de principe</u>	p. 4
B) <u>Les exceptions au principe</u>	p. 5
1) Les libertés essentielles rappelées par la loi	p. 5
2) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de la réglementation transversale issue du décret du 2 mai 2007	p. 6
3) Exceptions à l'interdiction de cumul au titre de dispositions particulières	p. 6
a) Dispositions législatives	p. 6
b) Dispositions réglementaires particulières	p. 6

II – LE CUMUL D’ACTIVITES A TITRE ACCESSOIRE DES AGENTS A TEMPS COMPLET OU A TEMPS PARTIEL.....p. 7

A) Le public visé.....p. 7

B) Le champ d’application.....p. 8

1) Le caractère accessoire.....p. 8

2) Les activités susceptibles d’être autorisées au titre du cumul accessoire.....p. 9

a) Les expertises ou consultations.....p. 9

b) Les enseignements ou formations.....p. 9

c) Activité agricole.....p. 10

d) Travaux d’extrême urgence.....p. 10

e) Travaux ménagers de peu d’importance réalisés chez des particuliers.....p. 11

f) Aide à domicile.....p. 11

g) Activité de conjoint collaborateur.....p. 11

3) Le cumul d’une activité publique principale et d’une activité d’intérêt général accessoire

a) Le cumul avec une activité d’intérêt général.....p. 11

b) Le cumul avec une mission d’intérêt public de coopération internationale.....p. 12

4) La liberté d’exercice d’une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif.....p. 12

5) Le contrat vendanges.....p. 13

Tableau : exemples-types d’activités accessoires susceptibles ou non d’être autorisées.....p. 13

C) Le régime d’autorisation.....p. 14

1) Obligation d’information.....p. 14

2) Demande d’autorisation de cumul.....p. 14

3) Renouvellement de l’autorisation.....p. 15

4) Décision de l’administration.....p. 16

D) Dispositions propres aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales.....p. 18

III – LE CUMUL POUR LA CREATION, LA REPRISE OU LA POURSUITE D'ACTIVITE AU SEIN D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE ASSOCIATION.....p. 18

IV – LE REGIME DE CUMUL D'ACTIVITES APPLICABLE A CERTAINS AGENTS A TEMPS NON COMPLET OU EXERCANT DES FONCTIONS A TEMPS INCOMPLET.....p. 19

A) Le public visé.....p. 19

B) Le champ d'application.....p. 19

1) Le cumul avec une activité privée lucrative.....p. 19

2) Le cumul avec une ou plusieurs activité(s) publiques(s).....p. 20

V – LES CONSEQUENCES DU CUMUL EN TERMES DE GESTION DE PERSONNEL.....p. 20

A) Le traitement des autorisations de cumul déjà accordées.....p. 20

B) Les informations versées au dossier de l'agent.....p. 20

C) Les sanctions en cas de non-respect de la réglementation sur les cumuls.....p. 20

D) La suppression du compte de cumul.....p. 21

Commission de déontologie
de la fonction publique
Accès des agents publics
au secteur privé
Rapport d'activité - 2016
Rapport au Premier ministre

Le présent rapport d'activité est le dixième et dernier présenté par la Commission de déontologie de la fonction publique sur le fondement des dispositions de la loi n°2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

La commission est saisie 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.

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.

CADRES DE LA FONCTION PUBLIQUE

Destinée à tous les cadres de la fonction publique - encadrement supérieur, cadres intermédiaires et de proximité - cette nouvelle collection propose des outils de management et de gestion des ressources humaines. L'objectif : fournir à ces managers des outils pour agir.

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'Etat, 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.