



HAL
open science

Le cumul d'activités par les hauts fonctionnaires

Elise Untermaier-Kerléo

► **To cite this version:**

Elise Untermaier-Kerléo. Le cumul d'activités par les hauts fonctionnaires. Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires? Enjeux, textes et perspectives, IFDJ, 2021, 978-2-37032-302-6. hal-03294256

HAL Id: hal-03294256

<https://hal.science/hal-03294256v1>

Submitted on 21 Jul 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le cumul d'activités par les hauts fonctionnaires

Élise Untermaier-Kerléo

in *Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires ? Enjeux, textes et perspectives*, Emmanuel Aubin, Jean-François Kerléo, Jean-Michel Eymeri-Douzans, Johanne Saison (dir.), Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, T. 132, juin 2021

Résumé

Le cumul d'activités par les hauts fonctionnaires forme un angle mort dans la mesure où il n'est généralement pas perçu comme tel. En effet, le haut fonctionnaire cumule plus rarement que l'agent public ordinaire son emploi public principal avec une activité professionnelle privée mais exerce en revanche diverses activités d'intérêt général à titre accessoire. En définitive, alors que la pratique du pantouflage interroge par les conflits entre intérêts publics et privés qu'elle peut générer, le cumul d'activités par les hauts fonctionnaires conduit à réfléchir sur les conflits entre plusieurs intérêts publics, ou « *conflits public-public* ». Pour qu'une situation constitutive d'un tel conflit puisse être appréhendée et évitée, il importe de considérer que toute mission, qu'il s'agisse d'être membre non permanent au sein d'une autorité publique ou administrative indépendante, de représenter l'État dans un établissement public ou une société à participation publique, de présider une commission de réflexion sur telle ou telle thématique, constitue une activité professionnelle accessoire, et non le prolongement naturel de l'emploi public principal. Il ne s'agit pas d'interdire de tels cumuls mais de les soumettre à un contrôle déontologique préalable, afin de vérifier que l'agent dispose du temps nécessaire pour mener à bien ses multiples tâches et de s'assurer que le cumul n'est pas vecteur d'un conflit d'intérêts. S'agissant de la rémunération, elle ne doit pas être d'un niveau qui pourrait laisser penser que l'activité accessoire procure à l'agent un second salaire. Inversement, il convient de se méfier des activités bénévoles, qui se traduisent nécessairement par une implication moindre des personnes qui en sont chargées.

Le cumul d'activités par les hauts fonctionnaires, c'est-à-dire l'exercice d'une activité publique ou privée de manière concomitante avec de hautes fonctions publiques, est un sujet qui a peu retenu l'attention des universitaires, des journalistes ou des parlementaires. Ceux-ci se focalisent davantage sur le phénomène du pantouflage, c'est-à-dire le départ des hauts fonctionnaires vers le secteur privé, et désormais, en sens inverse, du rétro-pantouflage, c'est-à-dire du passage du secteur privé vers le secteur public. Pourtant, le cumul d'activités soulève les mêmes questions que l'exercice successif de différentes activités publiques ou privées. D'un

côté, il peut être perçu, de manière positive, comme quelque chose de bénéfique : le haut fonctionnaire met ainsi ses connaissances et ses compétences à disposition d'un organisme, public ou privé autre que son employeur principal. De l'autre côté, le haut fonctionnaire qui exerce en même temps plusieurs fonctions publiques ou privées peut être suspecté de délaisser les unes ou les autres, voire de les négliger toutes, faute de temps, tout en cumulant les rémunérations tirées de ces activités. Par ailleurs, le cumul d'activités peut placer celui qui l'exerce en situation de conflit d'intérêts, qu'une activité soit privilégiée au détriment de l'autre ou que celle-ci soit instrumentalisée au profit de celle-là. Enfin, le cumul d'activités engendrerait une surreprésentation des hauts fonctionnaires au sein de certaines institutions ou dans certains milieux, empêchant d'autres catégories socio-professionnelles d'accéder à certains postes ou fonctions.

Les hauts fonctionnaires, entendus largement comme les personnels d'encadrement supérieur et de direction, autrement dit les membres de la catégorie A+, se voient appliquer les règles générales encadrant le cumul d'activités professionnelles par les agents publics qui figurent à l'article 25 *septies* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Ces dispositions législatives, modifiées par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires puis par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique sont complétées par celles du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique. Les hauts fonctionnaires sont ainsi soumis à l'interdiction, énoncée à l'article 25 *septies* I, d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative et ne peuvent cumuler une telle activité avec leur emploi public que dans le cadre des dérogations prévues par l'article 25 *septies* II à V.

Ainsi, depuis la réforme opérée par la loi du 20 avril 2016, l'agent public qui occupe un emploi à temps complet peut, à sa demande, être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise et exercer, à ce titre, une activité privée lucrative (art. 25 *septies* III de la loi du 13 juil. 1983). En outre, le fonctionnaire peut être autorisé par son autorité hiérarchique à exercer 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 lui sont confiées et n'affecte pas leur exercice (art. 25 *septies* IV de la loi du 13 juillet 1983). Les catégories d'activités accessoires dont l'exercice est susceptible d'être autorisé par l'autorité hiérarchique, sont limitativement énumérées à l'article 11 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique. Le texte vise les activités suivantes : 1° Expertise et consultation, 2° Enseignement et formation ; 3° Activité à caractère sportif ou culturel ; 4° Activité agricole ; 5° Activité de conjoint collaborateur ; 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 ; 7° Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers ; 8° Activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif ; 9° Mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à

caractère international ou d'un État étranger ; 10° Services à la personne mentionnés à l'article L. 7231-1 du code du travail ; 11° Vente de biens produits personnellement par l'agent.

Si les hauts fonctionnaires sont soumis, s'agissant du cumul d'activités professionnelles, aux mêmes règles générales que l'ensemble des agents publics, on a vu toutefois apparaître des règles spécifiques pour les fonctionnaires « *dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient* », afin de prévenir ou faire cesser les situations de conflits d'intérêts. Le contrôle déontologique est renforcé, pour les hauts fonctionnaires, par l'obligation de remplir une déclaration d'intérêts et une déclaration de situation patrimoniale et par la saisine systématique de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) en cas de création d'entreprise (comme, par ailleurs, en cas de départ vers le secteur privé).

Depuis la loi du 20 avril 2016 et jusqu'à sa suppression par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, la Commission de déontologie de la fonction publique devait être systématiquement saisie, comme pour les projets de départ vers le secteur privé, des demandes de création d'entreprise (elle rendait bien souvent un avis de compatibilité tacite) afin de vérifier si l'entreprise que l'agent public envisageait de créer ne risquait pas de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître tout principe déontologique ou encore de placer l'intéressé en situation de commettre l'infraction de prise illégale d'intérêts. Interrogé par la commission d'enquête du Sénat sur les mutations de la Haute fonction publique, le conseiller d'État Roland Peylet, président de la commission, affirmait en ce sens : « *la commission de déontologie intervient, (...) lorsque des questions se posent lors d'une mise en disponibilité, d'une démission, d'un cumul, ou parfois d'un détachement. Nous le faisons à tous les niveaux, de la catégorie C à la catégorie A+, en essayant de mettre en œuvre des principes identiques pour tous* »¹.

La loi de transformation de la fonction publique a supprimé la Commission de déontologie de la fonction publique et transféré ses compétences à HATVP. Pour la grande majorité des agents, la loi a mis en place un système déconcentré : le contrôle déontologique est exercé sur place par l'autorité hiérarchique et le référent déontologue. L'appréciation de la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise ou de départ vers le secteur privé avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation repose en tout premier lieu sur l'administration qui emploie l'agent. En cas de doute sérieux sur la compatibilité du projet de l'agent, l'autorité hiérarchique peut saisir le référent déontologue. Si l'avis émis par le référent déontologue « *ne permet pas de lever ce doute* », l'autorité hiérarchique saisit la HATVP. Cette dernière voit ainsi le champ de son contrôle resserré sur les fonctionnaires présentant un risque déontologique élevé, à savoir ceux qui occupent « *un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'État* ».

¹ Audition de Roland Peylet par la Commission d'enquête du Sénat sur les mutations de la Haute fonction publique et leurs conséquences sur le fonctionnement des institutions de la République, in Pierre-Yves Collombat, *Préconisations pour une réforme de la haute fonction publique*, 4 oct. 2018, p. 287.

L'article 2 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique soumet au contrôle préalable systématique de la HATVP les emplois soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts ou d'une déclaration de situation patrimoniale. Il convient donc de se référer au décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts prévue à l'article 25 *ter* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Ce texte vise, par exemple, au sein de la fonction publique d'État, les chefs de service et les agents compétents pour prendre les décisions de signer des marchés publics ou des concessions ou attribuer des aides financières ou de subventions ; dans les fonctions publiques territoriale et hospitalière, le directeur général des services et le directeur général adjoint des services des régions et des départements, directeur général des services, le directeur général adjoint des services et le directeur général des services techniques des communes de plus de 40 000 habitants ; le directeur général, le directeur général adjoint et le directeur général des services techniques des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants ; le directeur de centre hospitalier universitaire et le directeur de centre hospitalier régional, etc.

L'article 2 du décret du 30 janvier 2020 mentionne aussi les emplois soumis à l'obligation de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale et d'une déclaration d'intérêts au titre du 4°, du 6°, à l'exception des membres des collèges et des membres des commissions investies de pouvoirs de sanction, et des 7° et 8° du I de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 : les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République ; les membres des collèges ainsi que les directeurs généraux et secrétaires généraux et leurs adjoints des autorités administratives ou publiques indépendantes ; toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres ; les directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des autorités territoriales.

Toutefois, si les hauts fonctionnaires appellent une vigilance accrue, ils restent soumis, sur le fond, au même contrôle que celui dont font l'objet les autres agents : pour les uns comme pour les autres, il s'agit de vérifier que l'entreprise que l'agent envisage de créer ou l'activité professionnelle privée qu'il souhaite exercer ne risque pas de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service ; de méconnaître tout principe déontologique ; de placer l'intéressé en situation de commettre le délit pénal de prise illégale d'intérêts.

En pratique, bien qu'il n'y ait pas de statistiques précises sur le cumul d'activités par les agents publics (il serait d'ailleurs intéressant d'y consacrer une rubrique au sein du rapport annuel sur l'état de la fonction publique produit par la DGAFP), il semblerait que les hauts fonctionnaires cumulent plus rarement que les autres agents publics leurs fonctions publiques avec une autre activité professionnelle. La création d'une entreprise et plus encore, l'exercice d'une activité professionnelle accessoire, en cumul avec un emploi public à temps plein, est un

moyen, pour les agents des catégories C et B, d'arrondir leurs fins de mois². D'après les réponses aux questionnaires transmis aux différents organismes gestionnaires des grands corps dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur les mutations de la haute fonction publique, les hauts fonctionnaires ne cumulent pas leurs fonctions publiques avec une activité accessoire dans un organisme privé : l'Inspection générale de l'administration, le Conseil d'État comme le centre interministériel de gestion des ingénieurs des ponts, des eaux et des forêts indiquent expressément qu'aucun membre du corps n'exerce un tel cumul d'activités en 2017. Le service du conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies (CGE) signale qu'un seul membre du CGE exerce, à titre accessoire, une activité non rémunérée pour la fondation Mines Paristech. Curieusement, les chiffres fournis par les organes de gestion des grands corps à la commission d'enquête sénatoriale n'englobent pas les activités d'enseignement, qui font pourtant partie des activités accessoires susceptibles d'être exercées en cumul avec les fonctions publiques à temps plein (art. 11 décret 2020).

Alors que les fonctionnaires « ordinaires » ont besoin de cumuler leur emploi public avec des activités accessoires diverses qui peuvent éventuellement donner lieu à la création d'entreprises, les hauts fonctionnaires ne pratiqueraient pas ou peu le cumul d'activités. Cela peut s'expliquer par le fait que leurs fonctions publiques les accaparent : contrairement aux agents subordonnés qui ne travailleraient pas plus de 35 heures par semaine, les hauts fonctionnaires n'auraient pas le temps d'exercer une seconde activité professionnelle. Pourtant, à y regarder de plus près, on constate que les hauts fonctionnaires sont nombreux à exercer une activité professionnelle en plus de leurs fonctions principales. Mais bien souvent, les activités qu'ils exercent en cumul avec leur emploi public sont perçues comme le prolongement naturel de leurs (hautes) fonctions publiques. En effet, alors qu'un agent de catégorie C ou B est amené à développer une activité accessoire qui n'a rien à voir avec ses fonctions publiques (services à la personne, cours de yoga, coaching sportif, massages pour bébé, barreur de feu, etc.), l'agent de catégorie A, et plus encore de catégorie A+, exerce des activités accessoires dans le même domaine que celui dans lequel il exerce ses fonctions publiques, et grâce aux compétences acquises dans le cadre de ses fonctions publiques. De surcroît, le haut fonctionnaire cumule bien souvent son emploi public principal, non pas avec une activité professionnelle privée mais avec d'autres fonctions publiques exercées à titre accessoire, qu'il s'agisse de siéger dans une autorité administrative ou publique indépendante, une commission administrative ou de représenter l'État au sein du conseil d'administration d'une entreprise publique. En outre, il exerce souvent de telles fonctions es qualités, parce que la loi prévoit la désignation d'un (haut) fonctionnaire au sein de tel ou tel organisme.

Sans aucun souci d'exhaustivité, il convient de s'intéresser à certaines zones grises en matière de cumul d'activités par les hauts fonctionnaires, c'est-à-dire des domaines dans lesquels le cumul d'activités, pour diverses raisons, peut être problématique, ou du moins soulever des questions. Les hauts fonctionnaires exercent fréquemment des activités

² *Ibid.* p. 282.

intellectuelles : ils assurent des enseignements et des formations ou bien sont sollicités pour des expertises ou des consultations (1). Ils cumulent leur emploi public avec un mandat de membre non permanent d'une autorité administrative ou publique indépendante (2) ou de membre d'un conseil d'administration d'un organisme public (3). Enfin, ils conservent parfois leur emploi public, alors qu'ils ont été élus à la tête d'une collectivité territoriale (4).

I. L'exercice d'activités intellectuelles à titre accessoire

En raison de leur niveau élevé de compétences, les hauts fonctionnaires sont fréquemment, presque naturellement, amenés à enseigner dans des organismes publics ou privés ou assurer des formations auprès de publics variés, parfois sous le statut privilégié de professeur ou maître de conférences associé à l'université³. Ainsi, dans le cadre des travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes (AAI) et des autorités publiques indépendantes (API), le député Jean-Luc Warsmann, rapporteur du texte à l'Assemblée, défendait-il la possibilité pour un haut fonctionnaire de pouvoir faire cours à titre accessoire : « *un haut fonctionnaire qui donne deux heures de cours par semaine à Sciences Po, et qui en est d'autant plus expérimenté et utile au pays, ne devrait pas en être empêché, bien au contraire, au motif qu'il est nommé au sein d'une AAI* »⁴.

Les hauts fonctionnaires sont également fréquemment sollicités pour des activités d'expertise ou des consultations. Dans le même ordre d'idées, ils se voient confier des missions de réflexion, devant déboucher sur la remise de rapports publics, sans qu'on sache d'ailleurs si et dans quelle mesure de telles missions sont rémunérées. Ainsi Jean-Marc Sauvé, alors vice-président du Conseil d'État et Didier Migaud, lorsqu'il était premier président de la Cour des comptes, se sont vus confier par le Président de la République une mission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts, qui a donné lieu à la remise d'un rapport en janvier 2011. Monsieur Béval, directeur du Centre des monuments historiques et ancien directeur général du patrimoine, a été chargé par la ministre de la culture, d'une mission de réflexion devant déboucher sur la remise au Gouvernement d'un certain nombre de propositions relatives à l'organisation de l'État dans le domaine patrimonial. Les hauts fonctionnaires sont amenés à siéger dans diverses commissions. Ainsi Isabelle Falque-Pierrotin, conseillère d'État et présidente de l'Autorité nationale des jeux depuis juin 2020, exerce les fonctions non rémunérées de présidente du comité éthique et scientifique de la plateforme Parcoursup⁵.

³ Pour une critique de ce statut, créé à l'origine pour ouvrir les portes de l'université à des chercheurs étrangers, qui permet désormais d'associer à mi-temps des professionnels : Olivier Beaud, « Les personnels associés à l'université : une singulière discordance entre un statut privilégié et le mode d'accès à ce statut », *RDP* 2009, p. 959.

⁴ Rapport présenté par Jean-Luc Warsmann au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, N° 3689 et 3693, 26 avril 2016.

⁵ C. éduc., art. L. 612-3 XI et arrêté du 11 oct. 2019 modifiant l'arrêté du 9 mars 2018 portant nomination au comité éthique et scientifique de la plateforme Parcoursup.

Comme toute activité accessoire, l'exercice d'une activité d'enseignement ou d'expertise ne doit pas compromettre la disponibilité pour l'exercice des fonctions, ni le bon fonctionnement, la neutralité et l'indépendance du service. En principe, cet exercice doit être autorisé, à titre individuel, par l'autorité hiérarchique. Seule la production d'œuvres de l'esprit, c'est-à-dire la publication de travaux scientifiques ou littéraires, en principe rémunérés sous forme de droits d'auteur, est libre⁶. Toutefois, contrairement à l'ensemble des agents publics, y compris les professeurs d'université et maîtres de conférences, ainsi qu'aux magistrats judiciaires, qui doivent obtenir une autorisation individuelle pour exercer une activité d'enseignement à titre accessoire, les membres du Conseil d'État, comme les magistrats des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel peuvent, sans qu'il soit besoin d'une autorisation expresse, exercer une activité d'enseignement dans un organisme public ou privé (v. § 67 de la charte de déontologie des juridictions administratives). Ce régime dérogatoire résulte des dispositions de l'article R*131-1 du code de justice administrative, aux termes duquel « *les membres du Conseil d'État peuvent se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques et à toutes activités d'ordre intellectuel, et notamment d'enseignement, qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à leur dignité ou à leur indépendance* ».

Pour les magistrats judiciaires, l'exigence d'une autorisation individuelle pour donner des enseignements, si elle est expressément consacrée par l'ordonnance de 1958⁷, n'est pas toujours respectée en pratique. Trois hauts magistrats de la Cour de cassation ont ainsi été visés par une plainte déposée par des syndicats auprès du Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM), pour avoir rendu un arrêt en faveur de la maison de presse et d'édition juridique Wolters Kluwer (propriétaire de Lamy et Liaisons sociales) en cassant une décision de la Cour d'Appel de Versailles qui était, elle, favorable aux syndicats plaignants. Or, ces trois magistrats participaient régulièrement à des rencontres intitulées « *un an de jurisprudence sociale* » organisées par l'éditeur juridique, moyennant des rémunérations allant de 500 à 1 000 euros net. Dans sa décision du 19 décembre 2019⁸, le CSM a constaté que les magistrats avaient commis deux manquements à leurs obligations déontologiques dans la mesure où, d'une part, ils n'avaient pas obtenu d'autorisation individuelle de leur chef de juridiction pour exercer ces activités d'enseignement, et d'autre part, n'avaient pas fait usage de la règle du déport alors qu'ils avaient un lien d'intérêt avec l'une des parties au pourvoi. Toutefois, le Conseil a considéré « *que l'inobservation des règles déontologiques constatée n'atteint pas un niveau de gravité la rendant constitutive d'une faute disciplinaire* ».

L'exercice d'activités d'enseignement peut être constitutive d'une situation de conflit d'intérêts : un magistrat, par exemple, ne peut pas exercer des activités d'enseignement rémunérées au bénéfice de cabinets d'avocats, qui le placeraient dans une situation de dépendance vis-à-vis de ce cabinet. Le collège de déontologie des juridictions administratives a rendu un avis défavorable s'agissant de l'exercice, par des membres du Conseil d'État

⁶ Loi du 13 juil. 1983, art. 25 septies III et V.

⁷ Art. 8 de l'ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁸ <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/missions/discipline/s234>

sollicités par un cabinet d'avocats pour dispenser au sein de celui-ci des prestations rémunérées de formation continue, notamment en présentant la jurisprudence relative à un domaine donné. L'exercice rémunéré d'activités d'enseignement destinées à des avocats ne soulèverait pas d'objection déontologique de principe si ces sessions étaient organisées et rémunérées par les barreaux, ou par des organismes de formation. En revanche, leur organisation par un cabinet placerait le magistrat qui s'y livrerait dans une situation de dépendance incompatible avec son état et, soulignée dans le cas d'espèce, par le montant envisagé de la rémunération. Au surplus, toute prestation, rémunérée ou non, au profit exclusif des membres d'un cabinet d'avocats et éventuellement de leurs invités, conduirait à une forme de rupture d'égalité au détriment des autres avocats (CDJA, avis n° 2018-4 du 18 janv. 2019).

En ce qui concerne les expertises ou consultations, la Charte de déontologie des juridictions administratives (§ 69) affirme qu'elles ne peuvent être autorisées lorsqu'elles sont exercées auprès d'une entreprise privée ou d'un organisme privé à but lucratif par l'ensemble des membres des juridictions administratives, « *eu égard à la nature de leurs fonctions et aux exigences particulières d'impartialité et d'indépendance qui s'imposent à eux* ». Dans le même sens, le collège de déontologie des juridictions financières a émis un avis défavorable concernant la possibilité, pour un auditeur, de participer à une mission de conseil en organisation administrative auprès d'un cabinet de conseil privé : « *l'exercice de cette activité accessoire est susceptible de porter atteinte à l'image d'indépendance, d'impartialité et de neutralité de la juridiction* ». Le collège relève notamment que le fait, pour un magistrat, de travailler pour un fournisseur de l'administration, peut le conduire à défendre des intérêts différents de ceux de l'État (CDJF, avis n° 2010-02 du 17 mars 2010).

Selon la Charte de déontologie des juridictions administratives, « *alors même que les plafonds de cumul ont été supprimés par la loi du 2 février 2007, la rémunération des activités accessoires ne saurait être excessive* » (point 71). De façon plus précise, le collège de déontologie des juridictions financières estime que si les textes actuels n'encadrent pas la rémunération de ces activités accessoires, il convient cependant de veiller qu'elle ne puisse être d'un montant qui puisse inciter à considérer que la Cour ne serait pas, en réalité, l'employeur principal (CDJF, avis n° 2016-05 du 2 juin 2016). La rémunération ne devra pas être d'un niveau qui pourrait laisser penser que les membres de la Cour peuvent, par des activités accessoires, se procurer une sorte de second salaire, situation qui serait de nature à nuire à l'image et à la réputation des juridictions financières. La rémunération, si elle existe, devra être portée à la connaissance des responsables concernés de la Cour (CDJF, avis n° 2016-07 du 18 juil. 2016). Il serait souhaitable de faire figurer dans la loi ce principe selon lequel les activités accessoires ne doivent pas permettre de procurer à l'agent une rémunération équivalente ou supérieure à celle qu'il tire de son emploi principal.

II. Le cumul de hautes fonctions publiques avec le mandat de membre non permanent d'une autorité administrative ou publique indépendante

Les hauts fonctionnaires en activité cumulent fréquemment leur emploi principal avec un mandat de président ou de membre non permanent au sein d'une autorité administrative indépendante (AAI) ou d'une autorité publique indépendante (API). Ainsi le président de la Commission d'accès aux documents administratifs exerce-t-il ses fonctions à temps non complet et perçoit à ce titre une indemnité forfaitaire mensuelle de 3 200 €⁹. L'article 35 de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes n'impose plus que le président de la CADA soit conseiller d'État : le président est désormais nommé par décret parmi les membres du collège. Toutefois, la présidence de la Commission a de nouveau été confiée à un conseiller d'État, Jean-Luc Nevache.

Très souvent, c'est la loi elle-même qui exige la présence de membres des grands corps de l'État. Par exemple, le collège de l'Autorité de la concurrence se compose de 17 membres dont « *six membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires* » (c. com., art. L. 461-1). Le président et les quatre vice-présidents exercent leurs fonctions à plein temps, tandis que les douze autres membres sont non permanents. Ces derniers sont rémunérés à la vacation¹⁰. L'indemnité forfaitaire de base pour une séance est de 250 € et elle est multipliée par un coefficient de 1 à 4 selon la complexité du dossier concerné. De la même façon, la HATVP est composée, outre son président nommé par le Président de la République, de huit membres, dont deux membres élus par le Conseil d'État, deux membres élus par la Cour de cassation, deux membres élus par la Cour des comptes et deux membres nommés l'un par le président de l'Assemblée nationale et l'autre par le président du Sénat. Elle dispose d'une cinquantaine d'agents pour mener à bien ses missions. Les membres du collège de la HATVP perçoivent une indemnité forfaitaire de 250 euros bruts pour chaque réunion de travail à laquelle ils participent en application de l'arrêté du Premier ministre et du ministre chargé du budget du 14 mars 2014. Ce montant est plafonné à 7 500 € chaque année. Ils peuvent également percevoir une indemnité dont le montant est fixé à 250 € pour chaque rapport dont ils sont chargés par le président, dans la limite d'un plafond annuel de 1 000 €¹¹. En 2016, le montant maximal effectivement versé à un membre atteignait 7 000 €¹².

⁹ Arrêté du 17 janv. 2008 fixant le montant et les modalités d'attribution des indemnités pouvant être allouées aux membres et aux collaborateurs de la commission d'accès aux documents administratifs.

¹⁰ Décret n° 88-262 du 18 mars 1988 relatif aux indemnités susceptibles d'être allouées aux membres et aux rapporteurs occasionnels de l'Autorité de la concurrence et arrêté du 7 juillet 2009 modifiant l'arrêté du 18 mars 1988 relatif aux indemnités susceptibles d'être allouées aux membres et aux rapporteurs occasionnels de l'Autorité de la concurrence, modifié par l'arrêté du 14 mars 2002

¹¹ *Rapport sur les autorités administratives et publiques indépendantes*, annexe au projet de loi de finances pour 2020, p. 187.

¹² Cour des comptes, *Autorités administratives et publiques indépendantes : politiques et pratiques de rémunération (2011-2016)*, déc. 2017, p. 64.

L'article 10 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives ou publiques indépendantes a édicté une série d'incompatibilités applicables aux membres de ces autorités :

« IV. – Lorsqu'il est exercé à temps plein, le mandat de membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante est incompatible avec l'exercice par les membres de l'autorité d'une activité professionnelle ou d'un emploi public. Le président de l'autorité peut toutefois autoriser l'exercice de travaux scientifiques, littéraires, artistiques ou d'enseignement. »

V. - Lorsque la loi prévoit la présence, au sein du collège d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, de membres désignés parmi les membres en activité du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et du corps des magistrats des chambres régionales des comptes, il ne peut être désigné d'autre membre en activité du même corps, à l'exclusion du président de l'autorité concernée. »

Ces dispositions résultent d'un compromis entre les sénateurs, à l'origine de cette loi, et les députés. Les sénateurs souhaitent interdire de manière générale le cumul de la présidence ou d'une fonction de membre à plein temps d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, avec toute autre activité professionnelle publique ou privée¹³. En outre, partant du constat d'une « *interpénétration très forte des « grands corps » de l'État* » dans la composition des autorités administratives ou publiques indépendantes¹⁴, ils entendaient interdire la nomination en qualité de membre des AAI et API de membres des juridictions administratives, financières et judiciaires en activité, sauf désignation en cette qualité. La proposition sénatoriale faisait ainsi suite aux conclusions de la commission d'enquête sénatoriale sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, qui avait relevé que « *parmi les 544 sièges occupés au sein des autorités administratives indépendantes [actuellement reconnues], 167 sièges sont occupés, dans l'ordre décroissant, par des membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes ou de la Cour de cassation. Ensemble, ceux-ci occupent ainsi plus de 30 % des sièges au sein des autorités administratives indépendantes* »¹⁵. D'après les données – incomplètes – fournies par les grands corps à la commission d'enquête sénatoriale sur les mutations de la haute fonction publique¹⁶, les membres du Conseil d'État sont les plus

¹³ Art. 11 de la proposition de loi : <http://www.senat.fr/leg/pp115-225.html>

¹⁴ Exposé des motifs de la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes : <http://www.senat.fr/leg/pp115-225.html> ; v. aussirapport n° 332 (2015-2016) de M. Jacques MÉZARD, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 27 janv. 2016 p. 16 : <https://www.senat.fr/rap/115-332/115-3321.pdf>

¹⁵ *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, rapport n° 126 (2015-2016) de M. Jacques Mézard au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, 28 oct. 2015.

¹⁶ Rapport n° 16 de M. Pierre-Yves Collombat, fait au nom de la commission d'enquête du Sénat sur les mutations de la haute fonction publique et leurs conséquences sur le fonctionnement des institutions de la République, 4 oct. 2018, p. 19 et s. <https://www.senat.fr/rap/r18-016-1/r18-016-11.pdf>

nombreux à exercer des fonctions à temps partiel au sein d'une AAI/API : sur un effectif total de 323 personnes membres de ce corps, 44 exerçaient une fonction au sein d'une AAI/API sous forme de temps partiel ou d'une vacation en 2017 ; 10 y exerçaient des fonctions à temps plein¹⁷. Au contraire, au 1^{er} juin 2018, sur 769 ingénieurs du corps des mines, un seul exerçait un mandat par vacation au sein du collège de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières. En revanche, 53 exerçaient des fonctions à temps complet au sein de ces autorités. Cependant, les auteurs de la proposition de la loi n'avaient pas fixé cette incompatibilité en considération de la place institutionnelle des « *grands corps de l'État* » mais de la nature juridictionnelle des fonctions exercées. C'est pourquoi ils ne l'avaient pas limitée aux juridictions suprêmes mais l'avaient étendu aux magistrats des TA et CAA, des CRC ainsi qu'à l'ensemble des magistrats judiciaires¹⁸. Ce n'est donc pas tant les grands corps qui étaient visés que l'ensemble des magistrats.

Sur proposition de son rapporteur, le député Jean-Luc Warsmann, la commission des lois de l'Assemblée nationale a significativement réduit ce régime d'incompatibilités, en limitant notamment l'interdiction de cumuler la présidence d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante avec l'exercice d'une activité professionnelle ou d'un emploi public aux seuls présidents et membres exerçant leurs fonctions à temps plein. Autrement dit, les fonctions de président ou de membre d'une autorité qui ne sont pas exercées à temps plein peuvent être cumulées avec une autre activité professionnelle publique ou privée. Cette limite préserve la possibilité pour les hauts fonctionnaires d'exercer, en plus de leurs fonctions publiques principales, les fonctions de membre non permanent d'une AAI/API.

La loi préserve également la possibilité, sur autorisation du président de l'autorité concernée, de cumuler le mandat de membre d'une AAI ou API à temps plein avec l'exercice de travaux scientifiques, littéraires, artistiques ou d'enseignement, afin de permettre aux hauts fonctionnaires nommés au sein d'une AAI ou d'une API de continuer à pouvoir assurer quelques heures de cours à Sciences po.

Surtout, la loi du 20 janvier 2017 n'a pas remis en cause les nominations es qualités au sein des autorités indépendantes de membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes. Elle impose seulement, afin de diversifier la représentation au sein de ces autorités, que « *lorsque la loi prévoit la présence, au sein du collège d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, de membres désignés parmi les membres en activité du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et du corps des magistrats des*

¹⁷ V. tableau p. 29, in rapport n° 16 (2018-2019) de M. Pierre-Yves Collombat, fait au nom de la commission d'enquête du Sénat sur les mutations de la Haute fonction publique et leurs conséquences sur le fonctionnement des institutions de la République, 4 oct. 2018 <https://www.senat.fr/rap/r18-016-1/r18-016-11.pdf>

¹⁸ Rapport n° 332 (2015-2016) sur la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes de M. Jacques Mézard, fait au nom de la commission des lois du Sénat, 27 janv. 2016, pp. 42-43 : <http://www.senat.fr/rap/115-332/115-3321.pdf>

chambres régionales des comptes, il ne peut être désigné d'autre membre en activité du même corps, à l'exclusion du président de l'autorité concernée »¹⁹.

Le fait que la désignation du haut fonctionnaire au sein d'une AAI/API soit opérée es qualités, comme la loi l'exige, n'empêche pas la survenance de conflits d'intérêts. Comme le rappelle Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État, dans le cadre de son audition par la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur l'indépendance du pouvoir judiciaire, même si c'est la loi qui prévoit que telle autorité ou telle mission consultative doit comporter la présence de conseillers d'État, « *ces fonctions doivent obligatoirement figurer dans la déclaration d'intérêts, qui doit être actualisée chaque fois qu'une nouvelle activité est confiée. Ainsi, le membre doit s'abstenir de siéger lorsque le litige concerne l'organisme dans lequel il sert à titre accessoire* »²⁰.

Pour le collège de déontologie des juridictions financières, « *il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre la participation au collège d'une AAI et la qualité de conseiller maître, dès lors qu'elle est autorisée par le Premier président et que l'intéressé remplit les obligations normales d'un conseiller maître* » (CDJF, avis n° 2016-03 du 18 févr. 2016). Le collège veille toutefois à qu'il n'existe pas d'interférence entre la fonction de contrôle de la Cour et le rôle de régulation de l'autorité indépendante. Dans cet avis n° 2016-03, il a préconisé la réaffectation du magistrat dans une autre section, dans la mesure où il existait des liens entre les compétences de l'autorité indépendante et les fonctions exercées par la section de la Cour à laquelle le magistrat était affecté.

Il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de ces mandats de membres non permanents. Outre le fait qu'ils peuvent générer des situations de conflits d'intérêts et obliger le haut magistrat à se déporter de tel ou tel dossier, voire à changer d'affectation, on est en droit de se demander si et dans quelle mesure les membres non permanents s'impliquent au sein de l'autorité. Ne vaudrait-il pas mieux, au sein des AAI et API, des collèges un peu moins nombreux mais composés de membres exerçant leurs fonctions à temps plein ?

III. La participation aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé

La loi du 13 juillet 1983 (article 25 septies I, 2°) interdit à tous les agents publics « *de participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif* ». Le statut de fonctionnaire est incompatible avec l'exercice d'un mandat personnel d'administrateur indépendant dans une société commerciale, qu'elle soit à capitaux publics ou privés. Cette incompatibilité a été expressément consacrée tant par le collège de déontologie des juridictions administratives (avis n° 2015/1 du 9 mars 2015) pour les membres du Conseil d'État en position

¹⁹ Art. 10 V de la loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Pour les magistrats judiciaires, les mêmes dispositions figurent à l'article 8 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, modifié par la loi n° 2017-54 du 20 janv. 2017.

²⁰ http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cejjustice/115cejjustice1920016_compte-rendu#

d'activité au sein du corps ou de détachement, que par celui des juridictions financières (avis n° 2016-04 du 13 avril 2016).

En revanche, ces dispositions ne font pas obstacle, dans la mesure où elle est expressément prévue par un texte, à la participation de fonctionnaires à titre et sans contrepartie financière à l'organe de direction d'une entreprise publique. Aux termes de la circulaire FP n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités par les agents publics, une telle participation ne constitue pas une activité accessoire car elle « *est le prolongement ou l'un des aspects de la mission confiée aux agents intéressés* ». L'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014²¹, qui fixe la composition et le fonctionnement des conseils des entreprises publiques constituées sous forme de sociétés, précise que dans les sociétés dans lesquelles l'État détient seul et directement une participation minoritaire (entre 10 et 50 % du capital), les membres dont la nomination peut être proposée par l'État à l'assemblée générale, « *peuvent, nonobstant le 2° du I de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 susvisée, avoir la qualité d'agents publics de l'État* ». Leur rémunération est alors intégralement reversée au budget de l'État.

Le conseiller d'État Bernard Stirn, ancien vice-président de la section du contentieux du Conseil d'État, a ainsi présidé le conseil d'administration de l'Opéra de Paris, établissement public industriel et commercial, pendant de nombreuses années²². Les hauts fonctionnaires sont également présents dans les entreprises publiques constituées sous forme de sociétés. Par exemple, Amélie Verdier, inspectrice générale des Finances, directrice du budget au sein du ministère de l'Économie et des Finances depuis le 2 janvier 2017, est également membre du conseil d'administration de la SNCF. Marie-Christine Lepetit, ancienne élève de l'École Polytechnique et de l'École nationale d'administration, chef du service de l'Inspection générale des finances rattaché au ministre de l'Économie et au ministre de l'Action et des comptes publics, est administratrice d'EDF depuis mai 2012.

En vertu de l'ordonnance de 2014 (art. 4), lorsque l'État détient directement, seul ou conjointement avec ses établissements publics, plus de la moitié du capital d'une société, il désigne un représentant dans l'organe de direction. Celui-ci est nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie parmi les agents publics de l'État de catégorie A ou d'un niveau équivalent, en activité, ayant au moins cinq années d'expérience professionnelle²³. La rémunération qu'il perçoit à raison de l'exercice de son mandat est versée au budget de l'État (art. 5 de l'ordonnance). La position des deux collèges de déontologie respectifs des juridictions administratives et des juridictions financières diffère sur la possibilité d'être nommé en qualité de représentant de l'État au sein d'une entreprise publique. Pour le collège de déontologie des juridictions administratives, « *l'acceptation par un membre du Conseil d'État en activité dans le corps d'un mandat d'administrateur d'une entreprise publique en qualité de « représentant de l'État » peut être regardée comme n'appelant pas d'objection sur le plan déontologique* »

²¹ La loi du 26 juillet 1983 sur la démocratisation du secteur public ne s'applique plus qu'aux établissements publics.

²² Décret n° 94-111 du 5 février 1994 fixant le statut de l'Opéra national de Paris.

²³ Art. 2 du décret n° 2014-949 du 20 août 2014 portant application de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.

(avis n° 2014/2 du 18 mars 2014). Le Collège rappelle toutefois que le membre du Conseil d'État en position d'activité dans le corps est « *en dehors de toute relation hiérarchique avec le gouvernement* ». Dans l'exercice du mandat d'administrateur qui lui serait confié en qualité de « *représentant de l'État* », « *il ne saurait se sentir délié, au profit et pour l'application des instructions ou directives gouvernementales qui viendraient à lui être données, de l'obligation, inhérente à son état, de décider en fonction de la légalité et de l'intérêt général, à l'exclusion de toute intervention extérieure* » ; « *il lui appartient par ailleurs d'exercer ce mandat en fonction de l'intérêt de l'entreprise publique* ». À l'inverse, le collège de déontologie des juridictions financières considère que la fonction de représentant de l'État au conseil d'administration d'une société ou d'un établissement public est, dans le cas le plus général, incompatible avec la situation de magistrat en fonction à la Cour. En effet, le principe d'indépendance de la juridiction et de ses membres s'oppose à ce qu'un magistrat soit désigné en tant que représentant de l'État dans un conseil d'administration. Or, la dépendance vis-à-vis de l'État que suppose l'exercice d'une fonction d'administrateur représentant l'État est contraire à ce principe d'indépendance puisqu'elle amène par exemple à recevoir ou pouvoir recevoir des instructions de l'État. (collège de déontologie des juridictions financières, avis n° 2014-05 du 18 juil. 2014 ; avis n° 2015-11 du 20 déc. 2015 ; rapport public annuel pour 2015, p. 7).

Le rapport *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, remis en février 2003 au ministre de l'économie par un groupe de travail présidé par René Barbier de La Serre, ancien président du Conseil des marchés financiers, appelait « *à rompre avec le principe actuel de représentation des chaînes hiérarchiques ainsi qu'avec l'obligation de désigner des fonctionnaires en activité* » et à choisir les administrateurs représentant l'État « *en fonction de leur expérience de management dans la sphère publique ou privée ou de leur connaissance technique du métier de l'entreprise* ». Comme le relevait l'Institut français des administrateurs (IFA), dans un rapport de novembre 2011, les agents en haut de la hiérarchie sont appelés à siéger dans un grand nombre d'entités, ce qu'ils n'ont pas nécessairement le temps de faire de façon satisfaisante. En outre, lorsque l'agent change de poste (au bout de 2 à 3 ans en moyenne), il quitte ses mandats, alors que la durée d'un mandat dans le secteur privé est d'habitude plus longue afin de permettre au mandataire d'avoir une bonne connaissance de l'entreprise²⁴.

La création, en 2004, de l'Agence des participations de l'État (APE), a eu notamment pour but de rénover les procédures de nomination des dirigeants des sociétés dont l'État est actionnaire et d'identifier et recruter au sein de chaque conseil les profils d'administrateurs les plus adaptés. Les cadres en fonction à l'APE sont régulièrement nommés administrateurs représentant l'État. Aujourd'hui, une vingtaine d'entre eux participent ainsi directement aux organes de gouvernance d'une cinquantaine d'entreprises. Par exemple, Bruno Vincent, diplômé de l'École polytechnique et ingénieur en chef des Ponts, des eaux et des forêts, directeur de participations Énergie au sein de l'Agence des participations de l'État, est membre

²⁴ IFA, *Être administrateur dans le secteur public*, nov. 2011, p. 5.

des conseils d'administration des sociétés Orano, Areva SA et Eramet. De même, Isabelle Bui, diplômée de Science Po Paris et ancienne élève de l'ENA, directrice de participations Transports de l'Agence des participations de l'État, est administratrice d'Engie d'une part, et d'autre part, d'ADP et de la RATP en qualité de représentante de l'État. Hélène Dantoine, inspecteur des finances, diplômée de Science po Paris et de l'ENA, directrice générale adjointe de l'Agence des participations de l'État, est représentante de l'État au sein du conseil d'administration d'Orange. En outre, la rénovation du cadre juridique par l'ordonnance du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique a ouvert le vivier des administrateurs proposés par l'État et nommés en assemblée générale en permettant de nommer des personnalités qui n'ont pas la qualité d'agent public.

Des progrès ont été réalisés depuis les critiques formulées dans le rapport Barbier de la Serre. Il reste au moins deux difficultés majeures à surmonter. D'une part, les fonctions d'administrateur proposé par l'État ou de représentant de l'État au sein de l'organe de direction d'une société à participation publique ne sont pas rémunérées. Comme le relevait l'Institut français des administrateurs (IFA), dans un rapport de nov. 2011, l'agent public administrateur n'a donc aucune raison particulière de s'impliquer dans l'exercice de son mandat dans la mesure où rien, en matière de rémunérations ou de déroulement de carrière, ne vient sanctionner ou récompenser cette participation à des conseils. D'autre part, une attention particulière doit être portée au conflit d'intérêts provoqué par l'exercice en cumul d'un emploi public et d'un mandat d'administrateur ou représentant de l'État au sein d'une société à participation publique. La Cour des Comptes, dans son rapport sur *L'État actionnaire* (janv. 2017), relevait que l'État actionnaire reste soumis à des contradictions intrinsèques, en raison des conflits d'objectifs et d'intérêts permanents résultant de la multiplicité des rôles qu'il exerce. La cour critiquait une confusion entre l'intérêt public de l'État et l'intérêt social propre à l'entreprise publique : « *l'administrateur d'une entreprise publique est toujours volontiers considéré comme investi de la mission de défendre, non pas l'intérêt social de l'entreprise, mais le point de vue du ministère qu'il est réputé représenter, quand bien même serait-il en contradiction avec l'intérêt social de l'entreprise* » (pp. 93-94). Pour surmonter ces difficultés, une solution serait de considérer le mandat d'administrateur proposé par l'État ou de représentant de l'État au sein d'une société à participation publique non plus comme un simple prolongement des fonctions publiques exercées par l'agent, mais comme une activité professionnelle accessoire, rémunérée et soumise à un contrôle déontologique préalable par la HATVP.

IV. Le cumul de hautes fonctions publiques avec des responsabilités politiques

Outre les dispositions de l'article 23 de la Constitution de 1958 qui déclare les fonctions de membre du Gouvernement incompatibles avec l'exercice de « *tout emploi public ou de toute activité professionnelle* », le code électoral édicte de nombreux cas d'inéligibilité et

d'incompatibilité faisant obstacle à ce qu'un agent public puisse exercer son emploi public en cumul avec un mandat électif²⁵.

La possibilité de détenir des mandats électifs tout en continuant à exercer leurs fonctions publiques peut être interdite de manière générale, à l'ensemble des agents publics, quelles que soient les fonctions exercées. Ainsi, l'exercice des fonctions publiques non électives est incompatible avec le mandat de député (c. élec., art. LO 142), de sénateur (c. élec., art. LO 297 du code électoral) ou de représentant au Parlement européen (art. 6 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977). Les agents salariés communaux ne peuvent être élus au conseil municipal de la commune qui les emploie (c. élec., art. L. 231). Le mandat de conseiller régional est incompatible avec les fonctions d'agent salarié de la région (c. élec. L. 343) et celui de conseiller départemental avec celui d'agent salarié ou subventionné sur les fonds départementaux (c. élec., art. L. 207). De la même façon, le mandat de conseiller métropolitain est incompatible avec les fonctions d'agent salarié de la métropole de Lyon (c. élec., art. L. 224-11), tout comme le mandat de conseiller communautaire est incompatible avec l'exercice d'un emploi salarié au sein de l'établissement public de coopération intercommunale ou de ses communes membres (c. élec., art. L. 237-1). En revanche, si les salariés d'un EPCI à fiscalité propre ne peuvent pas être élus conseillers communautaires, ils peuvent être élus conseillers municipaux dans l'une des communes membres.

Certaines dispositions du code électoral visent uniquement les fonctionnaires d'autorité qui exercent leurs fonctions dans l'administration déconcentrée de l'État ou dans les collectivités territoriales. Le code électoral rend les préfets inéligibles au mandat de député ou de sénateur (c. élec., art. LO 132), de conseiller municipal (c. élec., art. L. 231), de conseiller départemental (c. élec., art. L. 195) ou régional (c. élec., art. L. 342) dans toute circonscription comprise en tout ou partie dans le ressort dans lequel ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de trois ans à la date du scrutin. L'inéligibilité est limitée à 2 ans pour les sous-préfets, les secrétaires généraux de préfecture et les directeurs de cabinet de préfet et à 1 an ou 6 mois pour d'autres catégories de hauts fonctionnaires tels que les directeurs des agences régionales de santé ; les directeurs généraux et directeurs des établissements publics de santé ; les directeurs généraux, directeurs généraux adjoints, directeurs, directeurs adjoints et chefs de service du conseil régional, de la collectivité territoriale de Corse, du conseil départemental, des communes de plus de 20 000 habitants, des communautés de communes de plus de 20 000 habitants, des communautés d'agglomération, des communautés urbaines et des métropoles, etc.

Mais, de manière générale, en dehors des cas d'inéligibilité et d'incompatibilité prévus par les textes, il n'est pas interdit, bien au contraire, à un agent public comme à un salarié de droit privé de cumuler son activité professionnelle avec un mandat électif. Alors que la loi impose à tout fonctionnaire élu parlementaire (député, sénateur ou eurodéputé) ou nommé

²⁵ L'inéligibilité empêche la personne concernée de se présenter à l'élection. En revanche, celui qui occupe une activité incompatible peut se présenter à l'élection. S'il est élu, il devra choisir, dans un délai déterminé, entre son mandat et l'activité déclarée incompatible.

membre du Gouvernement d'être placé en position de disponibilité²⁶, elle leur permet de cumuler leur emploi public avec un mandat local, y compris celui d'exécutif local. Si le fonctionnaire exerçant un mandat d'élu local bénéficie d'une mise en disponibilité de plein droit pendant la durée de son mandat²⁷, voire d'un détachement²⁸, il n'a pas l'obligation d'en faire la demande. Conformément au code général des collectivités territoriales et à la circulaire de la fonction publique du 13 janvier 2005, un agent public en position d'activité bénéficiaire, comme un salarié de droit privé, d'autorisations d'absences et de crédits d'heures en rapport avec ses fonctions électives et ne perçoit que le traitement correspondant.

Le cumul de hautes fonctions publiques avec des mandats électifs, est permis par la loi, dans la mesure où celle-ci ne les interdit pas expressément : c'est une permission que les théoriciens du droit qualifie de « faible », résultant de l'application du principe « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* ». Une telle pratique, bien qu'elle soit légale, peut, dans certains cas de figure, choquer l'opinion publique qui ne comprend pas comment un même individu trouve le temps de remplir correctement toutes ses missions, et s'indigne du niveau des rémunérations cumulées par l'élu haut fonctionnaire. Dans *Les Voraces, les élites et l'argent sous Macron* (éd. Robert Laffont, janv. 2020), le journaliste Vincent Jauvert a enquêté sur ces élus et hauts fonctionnaires qui, en additionnant leurs indemnités d'élus et leur traitement d'agent public, touchent parfois plus de 200 000 euros par an. L'auteur pointe du doigt, par exemple, le maire de Toulouse et président de la métropole Jean-Luc Moudenc, qui cumule ses mandats avec un poste au ministère de l'Économie, au sein du contrôle général économique et financier (CGEfi), placé auprès du ministre de l'Économie et du ministre de l'Action et des Comptes publics. Il a été nommé contrôleur général économique et financier de 1ère classe au tour extérieur, par Nicolas Sarkozy, en 2008, après avoir été battu aux élections municipales. En 2012, Jean-Luc Moudenc est élu député de la Haute-Garonne. Or, ce mandat est incompatible avec l'emploi de haut-fonctionnaire au CGEfi. Jean-Luc Moudenc est donc placé en disponibilité. Deux ans plus tard, l'élu gagne cette fois les élections municipales, face à Pierre Cohen, et redevient maire de Toulouse. En juin 2016, alors qu'il est déjà maire de Toulouse depuis deux ans, un arrêté de Bercy affecte Jean-Luc Moudenc à la mission fonctionnelle « Études-conseil » du service du contrôle général économique et financier. Pierre Fond, énarque, inspecteur des Finances, maire de Sartrouville (Yvelines, 52 000 habitants), président de la communauté d'agglomération et vice-président du conseil départemental, exerce aussi la fonction de comptable principal du CNES, pour un salaire brut, révèle le livre de Vincent Jauvert, de 215 000 euros par an. Les indemnités afférentes s'élevant à 8434 euros nets mensuels, l'élu haut fonctionnaire toucherait au total, selon l'auteur, quelque 33 000 euros brut par mois. Contrairement à Laurent Wauquiez, président de la région Auvergne Rhône-Alpes

²⁶ Art. 20-1 du décret n° 86-68 du 13 janv. 1986 relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité, de congé parental des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration.

²⁷ *Ibid.*, art. 24.

²⁸ CGCT, art. L. 2123-11, L. 3123-9 et L. 4135-9 : les maires, les adjoints au maire des communes de 20 000 habitants au moins, les présidents ou vice-présidents d'un conseil départemental ou régional sont placés en détachement à leur demande.

(AuRA) qui s'était résigné, face à la polémique, à demander sa mise en disponibilité du Conseil d'État, Jean-François Debat est resté en activité au sein du Conseil d'État, payé 119 000 euros net par an. Il est aussi maire de Bourg-en-Bresse (40 000 habitants), président de la communauté d'agglomération et vice-président de la Région AuRA. Le tout pour environ 80 000 euros net d'indemnités par an.

La possibilité de cumuler le mandat d'exécutif local avec un emploi public peut être justifiée par la faiblesse du montant de l'indemnité de maire au regard du train de vie antérieur de l'intéressé. Mais il n'en reste pas moins choquant de permettre un tel cumul alors que dans le même temps, la loi impose à tout agent public d'exercer ses fonctions à temps partiel lorsqu'il souhaite créer une entreprise. Et, en pratique, les agents publics n'ont pas d'autre choix que de créer une (micro)entreprise lorsque l'activité professionnelle privée qu'ils envisagent d'exercer en cumul avec leur emploi public ne rentre pas dans la liste des activités accessoires qui peuvent être exercées en cumul avec un emploi public à temps complet. À défaut de rendre le mandat d'exécutif régional, départemental ou de maire des communes de plus de 20 000 habitants, incompatible avec l'exercice d'une activité professionnelle publique ou privée, il conviendrait, au minimum, d'imposer l'exercice de l'activité professionnelle à mi-temps.

*

Le cumul d'activités par les hauts fonctionnaires forme un angle mort dans la mesure où il n'est généralement pas perçu comme tel. En effet, le haut fonctionnaire cumule plus rarement que l'agent public ordinaire son emploi public principal avec une activité professionnelle privée mais exerce en revanche diverses activités d'intérêt général à titre accessoire. En définitive, alors que la pratique du pantouflage interroge par les conflits entre intérêts publics et privés qu'elle peut générer, le cumul d'activités par les hauts fonctionnaires conduit à réfléchir sur les conflits entre plusieurs intérêts publics, ou « *conflits public-public* ». Pour qu'une situation constitutive d'un tel conflit puisse être appréhendée et évitée, il importe de considérer que toute mission, qu'il s'agisse d'être membre non permanent au sein d'une autorité publique ou administrative indépendante, de représenter l'État dans un établissement public ou une société à participation publique, de présider une commission de réflexion sur telle ou telle thématique, constitue une activité professionnelle accessoire, et non le prolongement naturel de l'emploi public principal. Il ne s'agit pas d'interdire de tels cumuls mais de les soumettre à un contrôle déontologique préalable, afin de vérifier que l'agent dispose du temps nécessaire pour mener à bien ses multiples tâches et de s'assurer que le cumul n'est pas vecteur d'un conflit d'intérêts. S'agissant de la rémunération, elle ne doit pas être d'un niveau qui pourrait laisser penser que l'activité accessoire procure à l'agent un second salaire. Inversement, il convient de se méfier des activités bénévoles, qui se traduisent nécessairement par une implication moindre des personnes qui en sont chargées.