



HAL
open science

Le référent déontologue. Figure modeste, figure moderne de l'administration

Elise Untermaier-Kerléo

► **To cite this version:**

Elise Untermaier-Kerléo. Le référent déontologue. Figure modeste, figure moderne de l'administration. Droit. Université Jean Moulin Lyon 3, 2022. tel-03920727

HAL Id: tel-03920727

<https://hal.science/tel-03920727>

Submitted on 3 Jan 2023

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.



Habilitation à diriger les recherches

Vol. 3 – Étude inédite

Soutenue publiquement le 6 juillet 2022 par

Élise Untermaier-Kerléo

Le référent déontologue

Figure modeste, figure moderne de l'administration

Jury

Monsieur Emmanuel Aubin, professeur de droit public à l'université de Tours
(*rapporteur*)

Madame Caroline Chamard-Heim, professeure de droit public à l'université
Jean Moulin Lyon 3 (*garante*)

Monsieur Hervé de Gaudemar, professeur de droit public à l'université Jean
Moulin Lyon 3

Monsieur Fabrice Melleray, professeur de droit public à l'école de droit de
Sciences po (*rapporteur*)

Monsieur Olivier Renaudie, professeur de droit public à l'université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Madame Johanne Saison, professeure de droit public à l'université de Lille
(*rapporteure*)

Sommaire

Table des abréviations	5
Introduction	9
Titre 1. L’insertion du référent déontologue dans un paysage institutionnel en mutation	33
Section 1. La profonde rénovation du cadre institutionnel de contrôle de la déontologie	35
§ 1. La Commission de déontologie de la fonction publique, première instance déontologique propre à la fonction publique.....	35
§ 2. La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, figure centrale de la déontologie de l’action publique	45
Section 2. La mise en place des référents déontologues	61
§ 1. L’hétérogénéité des référents déontologues	61
§ 2. La pluralité des missions du référent déontologue	77
Titre 2. L’exercice d’activités privées par les agents publics, au cœur des missions du référent déontologue	101
Section 1. Les projets de cumul d’activités des agents publics.....	103
§ 1. Un cadre juridique complexe en raison du caractère dérogatoire du cumul	104
§ 2. L’application casuistique du régime du cumul par le référent déontologue	115
Section 2. Les projets de départ vers le secteur privé des agents publics	151
§ 1. L’encadrement juridique des départs progressivement renforcé.....	152
§ 2. L’appréciation <i>in concreto</i> des risques par le référent déontologue	164
Conclusion générale	175
Table de concordance Loi de 1983 / Code général de la fonction publique	181
Bibliographie	183
Table des matières	193

Table des abréviations

<i>AJCT</i>	Actualité juridique des collectivités territoriales
<i>AJDA</i>	Actualité juridique Droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique Fonction publique
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
<i>BDP</i>	Bibliothèque de droit public
<i>BJCP</i>	Bulletin juridique de la commande publique
<i>BJDU</i>	Bulletin juridique de droit de l'urbanisme
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
<i>CMP</i>	Contrats et marchés publics
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Dr. adm.</i>	Revue Droit administratif
<i>Dr. env.</i>	Revue Droit de l'environnement
<i>Droit fiscal</i>	Revue Droit fiscal
<i>Droits</i>	Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique
<i>D.S.</i>	Revue Droit social
<i>EDCE</i>	Études et documents du Conseil d'État
<i>GAJA</i>	M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, <i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> , 23 ^e éd., Dalloz, 2021.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>JCP A</i>	La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales
<i>JCP G</i>	La semaine juridique, édition Générale
<i>JO</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
<i>Leb.</i>	Recueil <i>Lebon</i> – recueil des décisions du Conseil d'État
<i>LGDJ</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA.</i>	Les petites affiches
<i>Pouvoirs</i>	Revue Pouvoirs
<i>PUAM</i>	Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF	Presses Universitaires de France
RA	Revue administrative
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RJEP	Revue de jurisprudence de l'entreprise publique
RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey
T. <i>Leb.</i>	Mentionné aux Tables du recueil des décisions du Conseil d'État, dit recueil <i>Lebon</i>

Autres abréviations

AFA	Agence française anticorruption
§.	numéro de paragraphe
al.	alinéa
art.	article
ass.	Assemblée du contentieux
assoc.	association
avis cont.	avis contentieux
avril	avr.
c.	contre
c. civ.	Code civil
CA	cour d'appel
CAA	cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CC	Conseil constitutionnel
CCP	Code de la commande publique
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGFP	Code général de la fonction publique

ch.	Chambre
chron.	chronique
civ.	chambre civile de la Cour de cassation
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
coll.	collection
comm.	commentaire
cne	commune
comp.	comparer
concl.	conclusions
crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
CSI	Code de la sécurité intérieure
DC	déclaration de conformité
déc.	décembre
dir.	sous la direction de
dpt	département
Éd., éd.	édition
ets.	établissement
ex.	exemple
Grd. ch.	Grande chambre
HATVP	Haute Autorité pour la transparence de la vie publique
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>infra</i>	ci-dessous
janv.	janvier
juil.	juillet
LPF	Livre des procédures fiscales
ministre	min.
n°	numéro
not.	notamment

nov.	novembre
obs.	observations
oct.	octobre
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (ouvrage cité)
ord.	ordonnance
p., pp.	page, pages
plén.	assemblée plénière ; formation plénière
préc.	précité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
s.	suivant (e)(s)
sect.	section du contentieux du Conseil d'État
sept.	septembre
soc.	chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
sté	société
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
TA	tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TJ	Tribunal judiciaire
TUE	Traité sur l'Union européenne
V.	voir
Vol.	volume

Introduction

Le référent déontologue est né avec la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, dont « *l'un des mérites (...) est d'intégrer explicitement la question déontologique dans le statut général* »¹. Car si les fonctionnaires ont toujours été soumis à une déontologie exigeante, celle-ci était pourtant peu abordée dans le statut général. Celui qui devint en 1945 le premier directeur de la fonction publique, Roger Grégoire relevait ainsi : « *Le statut général n'a rien d'un code de déontologie* »². La loi de 2016 a donc modifié en profondeur celle du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui constitue le titre I^{er} du statut général des fonctionnaires. Mais qu'entend-on par déontologie ? Un effort de définition s'impose avant de revenir sur la façon dont les exigences déontologiques ont progressivement été prises en compte au sein de la fonction publique.

Définition de la déontologie

La déontologie, mot dont la paternité est attribuée à Jeremy Bentham (*Déontologie ou science de la morale*, 1834), est la connaissance de ce qui est juste et convenable, du point de vue de l'activité professionnelle. Le père de la philosophie utilitariste crée ce néologisme à partir de deux termes grecs signifiant le devoir (*deon*) et la connaissance, la science ou le discours (*logos*). Pour Bentham, la déontologie relève de l'introspection individuelle qui conduit à s'assurer en conscience que l'acte envisagé ne heurte aucune considération morale³.

La déontologie se définit désormais comme l'ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle ou de certaines fonctions. Le terme est d'abord plutôt réservé aux professions libérales. La chose existait d'ailleurs bien avant le mot, nombre de professions cherchant à définir leurs bonnes pratiques pour se démarquer des charlatans et inspirer confiance : ainsi le texte original du serment d'Hippocrate que prêtent les médecins a-t-il probablement été rédigé au IV^e siècle av. J.-C.

¹ Descamp-Crosnier F., rapporteure du texte à l'AN (rapport n° 3099).

² Grégoire R., *La fonction publique*, 1954, Dalloz, rééd., 2005, p. 296, cité par Aubin E., « L'entrée de la déontologie dans le titre I^{er} du statut général », *AJDA* 2016, p. 1433 et par Descamp-Crosnier F., rapporteure du projet de loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires à l'AN (rapport n° 3099), 1^{er} oct. 2015.

³ Gaudemet Y., « La déontologie, un pouvoir masqué », *RDP* juil. 2021, p. 895. L'auteur regrette le recul de « *la bonne déontologie* », acte de conscience du for intérieur.

À l'origine, la déontologie est extérieure au droit étatique et marque l'autonomie d'une profession. Mais au fur et à mesure que la profession s'institutionnalise, l'État intègre dans son propre corpus normatif ses règles déontologiques : les codes de déontologie de la profession sont adoptés par voie de décret et les sanctions disciplinaires prononcées par les ordres sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant les juridictions étatiques. Ainsi, en 1947, un code de déontologie applicable aux médecins est adopté sous la forme d'un règlement d'administration publique. S'agissant des avocats, leur déontologie est aujourd'hui fixée par le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat⁴ qui rappelle « *les principes essentiels de la profession d'avocat* » évoqués dans la formule sacramentelle, et énonce, de manière détaillée, les « *devoirs* » de l'avocat envers son client, la partie adverse et ses confrères.

La déontologie fait donc bel et bien partie du droit. Certes, elle peut s'appuyer sur des textes (chartes ou guides déontologiques, recommandations de bonne pratique) dont la valeur normative est limitée, sinon nulle. Il n'en reste pas moins que ces textes ne font qu'explicitier des obligations professionnelles dotées d'une valeur juridique incontestable. Contrairement à l'éthique qui correspond à « *la recherche d'une juste manière d'être, à la sagesse dans l'action* », la déontologie est « *sociale, pratique et appuyée par le disciplinaire collectif* »⁵. Autrement dit, « *la déontologie revêt un caractère collectif, alors que l'éthique procède d'une démarche individualiste* »⁶. Certains préfèrent dissocier la déontologie de la discipline, tout en admettant que la discipline et la jurisprudence disciplinaire contribuent largement à illustrer la déontologie⁷. Ainsi, pour le conseiller d'État Christian Vigouroux, la déontologie est « *l'art de se poser les questions avant qu'il ne soit trop tard* »⁸. Plus précisément, « *la déontologie marque les objectifs de bonne administration. La discipline sanctionne les fautes du fonctionnaire qui n'a pas pu ou voulu saisir et appliquer les préceptes de comportement nécessaires à son état. (...) La sanction est un échec, la déontologie est une ambition* »⁹. S'il est incontestable que la déontologie n'est pas synonyme de discipline, dans le sens où elle ne s'y réduit pas, il est préférable de retenir une définition plus englobante de la déontologie. En effet, la discipline fait partie intégrante de la déontologie : la sanction, qu'elle soit disciplinaire

⁴ Le décret a été pris sur le fondement de l'article 53 de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

⁵ Vigouroux C., *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995, p. 12.

⁶ Aubin E., *La déontologie dans la fonction publique*, 2^e éd., Gualino, 2019, p. 30.

⁷ Vigouroux, C., *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, coll. « Praxis Dalloz », 2006, p. 25.

⁸ Vigouroux C., *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, oct. 2012, p. 13 ; « Chartes et/ou codes de déontologie et responsabilisation », *JCP A* n° 10-11, 9 mars 2015, 2084.

⁹ *Ibid.* p. 26.

ou même pénale, est un outil de la déontologie, qui intervient *in fine*, lorsque la ligne rouge a été franchie par l'agent. Mais la sanction coexiste avec d'autres instruments visant à prévenir les manquements plutôt qu'à les réprimer.

Des préoccupations déontologiques anciennes

Si le terme déontologie n'a fait son entrée au sein du statut général de la fonction publique qu'avec la loi du 20 avril 2016, les préoccupations déontologiques sont anciennes. On sait bien, grâce à l'ouvrage de référence de Christian Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques* (1995), qui commence par cette formule, que « *Philippe le Bel avait tout prévu* »¹⁰. Son ordonnance sur la réformation du royaume de 1302 constitue « *un code de déontologie des fonctions publiques pratiquement utilisable de nos jours* »¹¹.

Mais le système de la vénalité des offices concourt à la corruption de l'administration et de ses agents et donne lieu à un trafic d'emplois publics. De plus, pour ne pas décourager les acquéreurs d'offices qui ne perçoivent que de faibles gages annuels, le pouvoir royal tolère les cadeaux et les épices remises au juge. Malgré l'ordonnance d'Orléans, cette pratique persiste et s'étend à l'ensemble de l'appareil administratif¹².

En affirmant que « *tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics* », l'article 6 de la DDHC de 1789 est censé mettre fin à la vénalité et à l'hérédité des offices. En pratique, avec la crise politique et économique et la dégradation de la situation matérielle des agents de l'administration qu'elle entraîne, la corruption devient un fléau. L'Assemblée constituante interdit les dons d'étrennes, gratifications et cadeaux aux fonctionnaires (décret du 27 novembre 1789). Un décret du 4 mai 1793 punit de mort tout fonctionnaire intéressé dans l'attribution des marchés de subsistance et un autre du 4 décembre 1793 punit de cinq ans de fers et de la confiscation de la moitié de leurs biens les fonctionnaires qui se seront livrés à des actes de prévarication ou des abus d'autorité. La loi du 24 vendémiaire an III se penche sur les conflits d'intérêts en affirmant qu'« *aucun citoyen ne peut exercer ni concourir à l'exercice d'une autorité, chargée de la surveillance médiate ou immédiate des fonctions qu'il exerce dans une autre qualité* »¹³. Le député de Caen, Michel-Louis Lamy,

¹⁰ Vigouroux C., *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, p. 1.

¹¹ *Ibid.*

¹² Didier J.-P., *L'éthique du fonctionnaire civil. Son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, préface de J.-M. Pontier, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, T. 202, mai 1999, p. 77-82 ; du même auteur, *La déontologie de l'administration*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999, p. 23-27.

¹³ Didier J.-P., *La déontologie de l'administration*, préc. p. 28.

soumet à l'Assemblée constituante une proposition de statut législatif de la fonction publique visant à instituer des règles précises en matière de recrutement, de licenciement et de rémunérations. Il s'agit de « *hâter et affermir la régénération de la chose publique, laquelle ne prospèrera surtout, que par l'instruction, les vertus et la confiance des administrateurs* »¹⁴. Mais ce texte n'est pas voté, ni même discuté.

Sous le règne de Napoléon, le nombre de fonctionnaires augmente, ainsi que leur stabilité dans les emplois qu'ils occupent. Mais le principe du recrutement par concours n'est toujours pas admis, le recrutement dépendant du bon vouloir du chef de l'État ou de ses ministres. La corruption sévit encore. Le Code pénal établi en 1810 réprime la corruption et la concussion, reprenant la distinction opérée par le Code pénal de 1791 entre ces deux infractions. Il consacre également un délit d'ingérence, qui deviendra plus tard le délit de prise illégale d'intérêts.

Sous la III^e République, le fonctionnaire est asservi au pouvoir qui cherche à contrôler tant son activité professionnelle que sa vie privée¹⁵. Le recrutement et l'avancement dans la fonction publique laisse une large place au favoritisme et au népotisme. Les petits fonctionnaires, dont les traitements sont insuffisants pour assurer un niveau de vie convenable, sont souvent sollicités et corrompus. En réaction, se développe l'idée de doter la fonction publique d'un statut général. Mais aucun projet n'aboutissant, les obligations déontologiques des fonctionnaires ne figurent que dans des textes épars. Plusieurs circulaires rappellent ainsi aux fonctionnaires leur obligation de loyalisme envers le régime.

C'est également sous la III^e République qu'apparaît l'obligation de désintéressement du fonctionnaire. L'interdiction d'exercer une activité professionnelle privée par les agents publics en activité a été consacrée par la jurisprudence (CE, 1926, *Caroillon*) puis reprise par les textes lorsqu'il n'existait pas encore de statut général de la fonction publique. Le décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions est ainsi le premier texte général, applicables aux agents de l'État comme à ceux des collectivités locales, qui pose le principe de l'interdiction pour les agents publics d'exercer une activité privée à titre professionnel et lucratif. Abrogé par la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, il inspire encore les règles encadrant le cumul d'activités par les agents publics actuellement en vigueur.

¹⁴ Thuillier G., « Aux origines du statut des fonctionnaires : les idées de Michel-Louis Lamy, député de Caen en 1790 », *Rev. Adm.* 1988, p. 116-123, cité par Didier J.-P., *L'éthique du fonctionnaire civil*, *ibid.* p. 88.

¹⁵ Didier J.-P., *L'éthique du fonctionnaire civil*, *préc.*, p. 96.

Les exigences déontologiques dans les statuts successifs de la fonction publique

Le premier statut général des fonctionnaires de l'État, adopté sous le régime de Vichy par la loi du 14 septembre 1941, rassemble pour la première fois les obligations déontologiques qui s'imposent au fonctionnaire. Le texte insiste tout particulièrement sur l'exigence de dignité : « *le fonctionnaire doit, dans le service comme dans sa vie privée, éviter tout ce qui serait de nature à compromettre la dignité de la fonction publique* » (art. 5). Le statut exige du fonctionnaire un loyalisme absolu et lui interdit, en dehors de l'exercice de ses fonctions « *toute activité qui serait incompatible, soit avec le maintien des institutions existantes, soit avec l'objet même ou les nécessités du service* » (art. 7). Le statut tente de stopper l'hémorragie des cadres des grands corps de l'État en imposant au fonctionnaire de rester au service de l'État pendant huit ans (art. 8). Il ne peut, pendant 5 ans à partir de la cessation de ses fonctions, occuper un emploi de quelque nature que ce soit, dans une entreprise privée en relation avec son service, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation (art. 9). Le statut de 1941 renforce les interdictions édictées par le décret-loi de 1936, en interdisant au fonctionnaire en activité d'exercer toute activité professionnelle privée, y compris les activités d'expertise, de consultation ou d'enseignement (art. 19).

En réaction au statut de 1941, les statuts de 1946 et 1959 consacrent la liberté d'opinion du fonctionnaire, interdisant de mentionner les convictions politiques, religieuses ou philosophiques du fonctionnaire dans son dossier. Ils lui reconnaissent également le droit syndical. Le statut de 1983 renforce encore les libertés du fonctionnaire, désormais considéré comme un « *fonctionnaire-citoyen* », selon l'expression du ministre de la fonction publique Anicet Le Pors. Le statut de 1983 a notamment supprimé l'exigence de « *bonne moralité* » prévue par les anciens statuts pour l'accès à la fonction publique : l'administration doit désormais apprécier si les mentions portées au bulletin n° 2 du casier judiciaire du fonctionnaire ne sont pas incompatibles avec l'exercice de ses fonctions (art. 5 de la loi de 1983). L'obligation de déclaration de l'activité du conjoint du fonctionnaire consacrée dans les précédents statuts est également abandonnée en 1983. Les statuts affirment de manière constante le secret et la discrétion professionnelles. Mais le statut de 1983 innove par rapport à ses prédécesseurs, en consacrant également l'obligation qui incombe aux fonctionnaires de satisfaire aux demandes d'information du public (art. 27).

En revanche, l'obligation de désintéressement¹⁶, qui complète les incriminations pénales relatives à l'ingérence pendant et suivant l'exercice des fonctions publiques, est maintenue à l'identique dans les statuts successifs. Il est interdit au fonctionnaire « *d'avoir, par lui-même ou par personne interposée et sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service, des intérêts de nature à compromettre son indépendance* »¹⁷. S'agissant du cumul d'activités, les statuts renouent avec les règles adoptées sous la III^e République, un peu plus souples que celles du statut de 1941 : le fonctionnaire ne peut cumuler une activité privée avec une fonction publique que dans les limites fixées par le décret du 29 octobre 1936. Il est aussi prévu qu'un règlement d'administration publique vienne définir les activités privées qu'un fonctionnaire ne pourra exercer, après sa cessation définitive de fonctions. Mais le pouvoir réglementaire s'est longtemps abstenu jusque-là de prendre les textes d'application nécessaires. Le décret n° 91-109 du 17 janvier 1991, pris pour l'application de l'article 72 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, définit enfin « *les activités privées qu'en raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou a été mis en disponibilité ne peut exercer* ». Ce texte institue une commission *ad hoc* qui deviendra la Commission de déontologie de la fonction publique, chargée d'émettre un avis sur la compatibilité des activités privées envisagées avec les fonctions administratives effectivement exercées par le fonctionnaire concerné, afin que les fonctionnaires ne s'exposent pas à des poursuites pénales pour prise illégale d'intérêts. Souhaitant étendre le mécanisme de contrôle des départs vers le secteur privé, 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, dite loi Sapin, instaure une commission consultative commune aux trois fonctions publiques, chargée d'émettre un avis sur la compatibilité avec les fonctions antérieures de l'activité privée. La loi du 29 janvier 1993 (art. 1^{er}) crée également le Service central de prévention de la corruption (SCPC), placé auprès du Ministère de la justice et chargé de centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention des faits de corruption active ou passive, de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique ou par des particuliers, de concussion, de prise illégale d'intérêts ou d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics. Dirigé par un magistrat de l'ordre judiciaire, son rôle consiste essentiellement à donner des avis

¹⁶ Salon S., Savignac J.-C., « Obligation de désintéressement des fonctionnaires », *AJDA* 1991, p. 775.

¹⁷ Art. 8 du statut de 1946 ; art. 8-2 du statut de 1959 ; art. 25 du statut de 1983 ; art. L. 123-1 du CGFP.

à des autorités administratives qui le lui demandent sur les mesures susceptibles d'être prises pour prévenir de tels faits.

Toutes les obligations des fonctionnaires ne sont pas expressément codifiées dans le statut de 1983, pas plus qu'elles ne l'étaient dans les précédents. Le législateur ne fait nullement mention ni du devoir de réserve, ni des obligations de loyauté et de neutralité. Les agents s'exposent, en cas de manquement à leurs obligations, à des sanctions disciplinaires précisément énoncées par la loi. Mais la notion même de faute reste indéterminée, l'article 29 de la loi du 13 juillet 1983 énonçant sobrement : « *toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire* ». La jurisprudence administrative a ainsi joué un « rôle moteur (...) dans l'affirmation de la déontologie dans la fonction publique »¹⁸, en cristallisant les obligations s'imposant aux agents publics.

La déontologie de la fonction publique en dehors du statut

Premiers codes de déontologie.- Sortant de leur domaine réservé des professions libérales, des codes de déontologie applicables à certaines professions sensibles au sein de la fonction publique sont adoptés, généralement par voie de décret. Les « codes de "force" »¹⁹ font leur apparition, d'abord avec le code de la police nationale ou « code Joxe » issu du décret du 18 mars 1986, qui répond au besoin de faire de la police un service public²⁰. Il sera bientôt complété par un code équivalent pour les agents des polices municipales, qui voit le jour avec le décret du 1^{er} août 2003, et, en 2009, par la charte du gendarme²¹. Ces codes figurent aujourd'hui au sein de la partie réglementaire du Code de la sécurité intérieure, qui comporte, depuis 2013, des dispositions communes relatives à la déontologie de la police et de la gendarmerie nationales et d'autres spécifiques à celle des agents de police municipale²². Le décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 portant code de déontologie du service public

¹⁸ Aubin E., *La déontologie dans la fonction publique*, Gualino, 2019, p. 43.

¹⁹ Vigouroux C., « Chartes et/ou codes de déontologie et responsabilisation », *JCP A* n° 10-11, 9 mars 2015, 2084. V. aussi : Thomas-Sual B., « Le Code de déontologie de la police nationale : un texte passé inaperçu », *RDP* 1991, p. 1385 ; Dupic E., « Un nouveau code de déontologie commun à la police nationale et à la gendarmerie nationale », *Les Petites Affiches* n° 5, 7 janv. 2014, p. 8 ; Jeannot A., « Le Code de déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale », *JCP A* n° 10-11, 9 mars 2015, 2085.

²⁰ Renaudie O., « Le besoin de code(s) : déontologie et sécurité intérieure », in Zarca A. (dir.), *Les outils au service de la déontologie*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020, p. 29. L'auteur présente le code de déontologie de la police nationale comme un « *totem du service public* » (p. 31).

²¹ Décis. n° 54645 DEF/GEND/CAB du 26 juin 2009 du directeur général de la police nationale.

²² CSI, art. R. 434-1 et s. pour la police et la gendarmerie nationales et art. R. 515-1 et s. pour la police municipale.

pénitentiaire est publié après une dizaine d'années de travaux, et une annulation partielle sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (protection de la vie privée)²³.

Par ailleurs, après l'éphémère Conseil supérieur de l'activité de la police nationale²⁴, un Haut conseil de déontologie de la police nationale est créé par le décret n° 93-1081 du 9 septembre 1993. L'institution d'une haute autorité policière s'inspire du rapport de la Commission de prévention de la corruption présidée par Robert Bouchery (déc. 1992). Composé de 11 membres nommés par le Premier ministre, le Haut conseil a pour mission de donner son avis et de faire toute proposition utile, à la demande du Ministre de l'intérieur, sur l'ensemble des questions relatives aux règles de déontologie policière, notamment sous l'angle de la formation professionnelle des personnels. Il produit en 1998 un *Guide pratique de la déontologie de la police nationale*. Il cèdera la place, en 2000, à la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS), autorité administrative indépendante créée par la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000. Chargée de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République, qu'il s'agisse de professions publiques ou privées, elle pouvait être saisie par toute personne, qu'elle soit victime ou témoin d'un manquement à la déontologie. La réclamation devait être adressée à un député ou à un sénateur, à charge pour ce dernier de la transmettre à la Commission si elle lui paraissait entrer dans la compétence de cette instance et mériter l'intervention de cette dernière. Dépourvue de pouvoir de sanction, la Commission adressait aux autorités publiques et aux dirigeants des personnes privées intéressés exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République tout avis ou recommandation visant à remédier aux manquements constatés ou à en prévenir le renouvellement. Les mêmes autorités ou personnes concernées étaient tenues, dans un délai fixé par la Commission, de rendre compte à celle-ci de la suite donnée à ces avis ou recommandations. En l'absence d'un tel compte rendu ou si elle estimait, au vu du compte rendu qui lui avait été communiqué, que son avis ou sa recommandation n'avaient pas été suivis d'effet, la Commission pouvait établir un rapport spécial publié au Journal officiel de la République française. Depuis mai 2011, ses missions sont désormais dévolues au Défenseur des droits : celui-ci peut être directement saisi par toute personne qui a été victime ou témoin de faits dont elle estime qu'ils constituent un manquement aux règles de déontologie dans le

²³ CE, 11 juil. 2012, n° 347148, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, T. Leb.p. 759.

²⁴ Cette instance est créée par un décret du 17 février 1993 et supprimée par un second décret du 7 mai 1993, en raison de l'opposition des syndicats de droite de la police. V. Jean-Pierre D., *L'éthique du fonctionnaire*, préc., p. 444.

domaine de la sécurité. Un collègue spécifiquement chargé de la déontologie dans ce domaine a été créé au sein de cette autorité²⁵. Un adjoint du Défenseur des droits en assure la vice-présidence. Comme le prévoit la loi organique relative au Défenseur des droits (art. 37), celui-ci peut désigner, sur l'ensemble du territoire ainsi que pour les Français de l'étranger, des délégués, placés sous son autorité, qui peuvent, dans leur ressort géographique, instruire des réclamations et participer au règlement des difficultés signalées ainsi qu'aux actions de communication et d'information jugées opportunes dans ses différents domaines de compétence. Depuis le 1^{er} septembre 2018, 44 délégués référents en matière de déontologie de la sécurité sont chargés d'assurer par la voie du règlement amiable, le traitement des dossiers portant sur des refus d'enregistrement de plainte ou des propos déplacés concernant des représentants de la police ou de la gendarmerie nationales. La généralisation de ce dispositif fait suite à une période d'expérimentation engagée en 2015 dont le bilan s'est révélé très positif pour l'ensemble des acteurs dans la mesure où il permet d'apporter une réponse amiable, de proximité et dans des délais rapides.

Le rapport Bouchery proposait également d'établir un code par administration contenant des principes et des recommandations d'une portée générale s'appliquant à tous, et le cas échéant, des dispositions particulières destinées aux agents les plus exposés en raison de leurs fonctions²⁶. Il recommandait aussi la création d'un Haut Comité de la déontologie dont le rôle aurait été de stimuler, proposer et coordonner les propositions faites dans le domaine de la déontologie de la fonction publique. Dépourvu de pouvoir de sanction, ce Haut Comité n'aurait eu qu'un rôle consultatif et préventif. Outre cette structure nationale, la Commission Bouchery proposait que dans les services centraux et déconcentrés de l'État ainsi que dans les collectivités de plus de 10 000 habitants, les fonctionnaires qui en éprouvent le besoin puissent consulter des « déontologues » spécialisés, organisés ou non en comités²⁷. Cette idée fut reprise par la Commission présidée par Mme Simone Rozès, première présidente honoraire de la Cour de cassation, chargée de faire des propositions pour améliorer la prévention et la lutte contre la corruption qui recommanda de créer, au sein de chaque département, un pôle de compétence spécialisé en matière de prévention et de lutte contre la corruption²⁸. À son tour, le conseiller

²⁵ Art. 11 et 13 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

²⁶ Commission de prévention de la corruption présidée par Robert Bouchery, *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique*, déc. 1992.

²⁷ Jean-Pierre D., *L'éthique du fonctionnaire*, préc., p. 452.

²⁸ Rapport de la Commission Rozès de lutte contre la corruption, nov. 1994, évoqué par Jean-Pierre D., *L'éthique du fonctionnaire*, préc., p. 452.

d'État Olivier Schrameck, suggéra, dans son ouvrage *La fonction publique territoriale*²⁹, la création d'un Conseil de la déontologie, composé de représentants des élus et des fonctionnaires ainsi que de personnalités qualifiées. En 1995, le rapport Picq proposa l'élaboration en concertation avec les représentants du personnel d'une « *charte de la déontologie* » concernant l'ensemble des fonctionnaires³⁰.

L'essor des chartes et des comités de déontologie.- Hormis quelques initiatives pionnières, en particulier au sein de l'armée (Mémento du soldat de la Légion étrangère de 1937 ; Code du soldat distribué à partir de 1999 à l'ensemble de l'armée de Terre au format d'une carte de crédit, qui deviendra le Code d'honneur du soldat français en 2020), la déontologie trouve un nouvel essor dans les années 2000 à travers la multiplication de textes non normatifs qui prennent souvent le nom de chartes de déontologie ou guides déontologiques. Les inspections générales se dotent ainsi tour à tour d'une charte : l'Inspection générale de l'agriculture dès le début de l'année 2002 ; l'Inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche (IGAENR) en juillet 2012, puis l'Inspection générale de l'administration en 2014. Comme le précise, par exemple, la charte de déontologie de l'IGAENR, la charte n'a pas vocation à se substituer aux règles générales fixées par le statut général de la fonction publique « *mais a pour objectif d'apporter des précisions et des recommandations au regard de situations concrètes ainsi que des exemples de bonnes pratiques puisées dans l'expérience* ».

Plusieurs autorités administratives indépendantes adoptent également une charte ou un code de déontologie, par exemple : le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) en 2003³¹, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en 2007³², l'Autorité de la concurrence en 2009³³, le Défenseur des droits en 2012³⁴. En 2006, le Ministère des affaires étrangères se dote d'un comité d'éthique³⁵, à la suite de la mise en examen de deux anciens ambassadeurs de France, dans le cadre de l'enquête diligentée au sujet du programme

²⁹ Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1997.

³⁰ Picq J., *L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, La Doc. Frçse, 1995.

³¹ Délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel du 4 février 2003 approuvant un code de déontologie applicable aux membres du conseil.

³² Décision n° 2007-0461 de l'Autorité en date du 7 juin 2007 adoptant la charte de déontologie des membres de l'Autorité.

³³ Décision du 30 mars 2009 portant adoption de la charte de déontologie de l'Autorité de la concurrence.

³⁴ Décision du Défenseur des droits n° 2012-125 du 22 juin 2012 portant adoption du code de déontologie du Défenseur des droits.

³⁵ Arrêté du 21 juil. 2006 portant création du comité d'éthique du ministère des affaires étrangères puis décret n° 2007-1849 du 26 déc. 2007 portant création du comité d'éthique du ministère des affaires étrangères.

« Pétrole contre nourriture » des Nations unies³⁶. Une charte de déontologie des conservateurs du patrimoine voit le jour par le biais d'une circulaire en 2007³⁷. Des initiatives sont prises au niveau local, notamment dans le champ de la commande publique : Guide déontologique de l'achat public du Conseil département du Bas-Rhin (janv. 2011), Charte déontologique de l'achat public à la Communauté urbaine de Bordeaux (2012), Charte de déontologie de la commande publique de la ville de Lyon (oct. 2013). La Ville de Paris a élaboré une charte de déontologie pour l'ensemble de ses agents publics en 2012.

La justice n'échappe pas à ce mouvement³⁸. Les obligations qui incombent aux juges et magistrats et qui peuvent donner lieu à des sanctions disciplinaires, sont longtemps restées énoncées de manière laconique et incomplète. En 2003, le garde des sceaux confie à une commission présidée par Jean Cabannes, premier avocat général honoraire à la Cour de cassation et ancien membre du Conseil constitutionnel, la mission de réfléchir à l'éthique dans la magistrature. Si elle n'a pas estimé souhaitable la rédaction d'un code de déontologie, par crainte d'un excès de rigidité, la Commission a préconisé la rédaction d'un recueil des principes déontologiques, de parution annuelle, qui comprendrait, outre les textes législatifs et réglementaires régissant la matière, la présentation analytique et le commentaire dans l'ordre des principes énoncés par le serment, des décisions rendues par le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) et le Conseil d'État en matière disciplinaire, ainsi que les avis formulés par une formation du CSM en charge de l'éthique dont la création est alors envisagée. Finalement, la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 a imposé au CSM d'élaborer et de rendre public « *un recueil des obligations déontologiques des magistrats* », ce qui a été fait en 2010. Le but est de remédier à l'éparpillement des règles déontologiques, législatives, jurisprudentielles, voire non écrites, et de favoriser leur diffusion, leur enseignement et, ainsi, leur connaissance. L'article 65 de la Constitution, issu de la réforme du 23 juillet 2008, dispose que la formation plénière du CSM se prononce sur les questions relatives à la déontologie des magistrats. Le CSM a par la suite créé une structure mise à la disposition des magistrats en vue de répondre à toute question d'ordre éthique ou déontologique à laquelle ils seraient confrontés : c'est ainsi qu'a vu le jour un service d'aide et de veille déontologique (SAVD), opérationnel depuis le 1^{er} juin 2016 – sans pour autant qu'aucun texte n'en prévoie l'existence.

³⁶ Douste-Blazy Ph., « Un comité d'éthique au Quai d'Orsay », *Libération*, tribune, 27 oct. 2005.

³⁷ Circulaire n° 2007/007 du 26 avril 2007 portant charte de déontologie des conservateurs du patrimoine.

³⁸ Lemaire E., Saison J., Untermaier-Kerléo É., « Introduction », in *La déontologie des juges. État des lieux et perspectives d'avenir*, T. 142, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », 7 déc. 2021

Les juridictions financières, dans le silence de la loi, se sont dotées d'une charte et d'un collège de déontologie, dès 2006. À leur tour, en 2011, les juridictions administratives générales ont adopté leur « *charte de déontologie des membres de la juridiction administrative* » et ont créé leur collège. Ces chartes n'ont pas vocation à se substituer aux textes existants, mais à « *rappeler* » les principes déontologiques et à émettre des « *recommandations sur les bonnes pratiques* »³⁹. Il s'agit de diffuser une culture de la déontologie, propre à prévenir les conflits d'intérêts et les manquements potentiels, d'éviter le recours à la sanction disciplinaire. Le collège est le gardien de la charte de déontologie et fait vivre cette dernière. Il recommande des adaptations et rend des avis sur les questions qui lui sont posées à titre individuel. La charte et le collège de déontologie, comme l'entretien déontologique avec le président de formation dès l'arrivée du nouveau collègue, ont tellement convaincu que les parlementaires ont repris ces idées dans la loi du 20 avril 2016, et les ont même transposées aux membres des juridictions judiciaires. Ainsi la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature a-t-elle prévu la création d'un collège de déontologie pour les magistrats de l'ordre judiciaire⁴⁰.

Dans la sphère politique, en 2007, le Premier ministre François Fillon impose aux membres du Gouvernement, par voie de circulaires, des règles de comportement, notamment pour ce qui touche à la gestion des cadeaux reçus dans le cadre de l'exercice des fonctions gouvernementales⁴¹. De façon inédite, la Charte de déontologie des membres du Gouvernement

³⁹ V. en ce sens : CE, 25 mars 2020, n° 411070 et CE, 25 mars 2020, *Syndicat de la juridiction administrative*, n°421149 : « *la charte de déontologie des membres de la juridiction administrative, qui n'a pas pour objet de se substituer aux principes et dispositions textuelles, notamment statutaires, régissant l'exercice de leurs fonctions, a vocation, outre à rappeler les principes et obligations d'ordre déontologique qui leur sont applicables, à préconiser des bonnes pratiques propres à en assurer le respect. Pour apprécier si le comportement d'un membre de la juridiction administrative traduit un manquement aux obligations déontologiques qui lui incombent, les bonnes pratiques ainsi recommandées sont susceptibles d'être prises en compte, sans pour autant que leur méconnaissance ne soit, en elle-même, constitutive d'un manquement disciplinaire* ».

⁴⁰ V. aussi, pour les juges des tribunaux de commerce : art. 95 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dite loi J21, et décret n° 2016-514 du 26 avril 2016 relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires, lequel confie au Conseil national des tribunaux de commerce (CNTC) la rédaction d'un recueil des obligations déontologiques (adopté en 2018) et instaure un collège de déontologie, ainsi que des référents déontologues. Pour les conseillers prud'hommes, v. art. 258 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dont les dispositions ont été codifiées aux articles L. 1421-2 et suivants du Code du travail), mis en œuvre par le décret n° 2016-1948 du 28 décembre 2016 relatif à la déontologie et à la discipline des conseillers prud'hommes. Le décret a confié au Conseil supérieur de la prud'homie le soin d'élaborer un recueil de déontologie des conseillers prud'hommes (art. R. 1431-3-1 du Code du travail), qui a vu le jour au début de l'année 2018.

⁴¹ Circulaire 5228/SG du Premier ministre du 18 mai 2007 sur la gestion des cadeaux offerts aux membres du Gouvernement ou à leur conjoint ; circulaire 5226/SG du Premier ministre du 18 mai 2007 sur les incompatibilités

du 17 mai 2012 a consacré « *quelques principes simples qui doivent guider le comportement des membres du Gouvernement* ». Déclinés en 5 points (« Solidarité et collégialité », « Concertation et transparence », « Impartialité », « Disponibilité », « Intégrité et exemplarité »), les principes exposés rappellent les exigences éthiques liées à la fonction ministérielle. Chaque ministre s'engageait à signer la Charte avant son entrée en fonction. Au niveau des assemblées parlementaires, la problématique de la prévention des conflits d'intérêts est apparue en 2010, par la constitution de groupes de travail consacrés à cet objectif. L'Assemblée nationale adopte un Code de déontologie par une décision du Bureau du 6 avril 2011. Cette charte de bonne conduite institue un Déontologue de l'Assemblée nationale et proclame les exigences que les députés sont tenus de respecter. Le Bureau du Sénat confie à un Comité de déontologie parlementaire, composé de cinq membres (tous sénateurs), la compétence exclusive « *pour les questions d'éthiques concernant les conditions d'exercice du mandat des sénateurs* ». Présidé initialement par Robert Badinter, le Comité s'est attaché à définir les exigences liées à la déontologie parlementaire autour de six principes généraux : la dignité, l'indépendance, l'intégrité, l'assiduité, l'égalité et la laïcité. Une charte de la déontologie parlementaire est adoptée, le 11 décembre 2011.

S'agissant de la vie politique locale, quelques collectivités ont pris l'initiative de créer, pour leurs élus, une structure déontologique *ad hoc*. Créée en octobre 2014, la Commission de déontologie des élu·e·s du Conseil de Paris a un double rôle de contrôle et de recommandation. La même année, la Ville de Strasbourg adopte une charte de déontologie pour les élus et se dote d'un Déontologue indépendant. La ville de Nice fait le choix d'une structure collégiale, en créant le Comité d'Éthique de la Ville de Nice (CEVN), par une délibération du 18 avril 2014.

La loi du 20 avril 2016 : l'intégration explicite de la question déontologique dans le statut général

En 2010, en réaction à l'affaire *Woerth-Bettencourt* qui révèle les liens d'intérêts entre l'homme politique Éric Woerth, ministre du budget et trésorier de l'UMP et la femme d'affaires Liliane Bettencourt, le président de la République Nicolas Sarkozy annonce la création d'une commission de réflexion chargée de réfléchir à la prévention des conflits d'intérêts. Présidée par le vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé et composée de Didier Migaud, alors premier président de la Cour des comptes et Jean-Claude Magendie, ancien premier président

entre les fonctions de membre du Gouvernement et certaines activités à caractère professionnel ; circulaire 5227/SG du Premier ministre du 18 mai 2007 sur le respect des règles de transparence en matière financière.

de la cour d'appel de Paris⁴², celle-ci rend un important rapport, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique* (janv. 2011)⁴³, dont les propositions vont largement inspirer le législateur. La Commission insiste sur la nécessité de développer une logique préventive, afin de sensibiliser les responsables et agents publics au respect de leurs obligations et d'éviter le recours à la sanction pénale, ou disciplinaire. La logique répressive a en effet des limites : si la France est dotée de règles pénales sévères, les condamnations restent rares. Quant aux sanctions disciplinaires, les autorités compétentes répugnent à les prononcer⁴⁴. Il est donc nécessaire de promouvoir une « culture » de la déontologie et de la prévention des conflits d'intérêts. Une Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par M. Lionel Jospin remet à son tour son rapport, *Pour un renouveau démocratique*, en novembre 2012⁴⁵. Le thème de la déontologie publique se trouve désormais au cœur de de la rénovation démocratique. La promotion de la déontologie publique constitue en effet l'une des réponses apportées à la crise de confiance des citoyens à l'égard de l'État et, plus globalement, de l'action publique ; l'un des remèdes susceptibles de restaurer le contrat social.

Au lendemain de l'affaire *Cahuzac*, le législateur français a adopté deux lois (l'une organique, l'autre ordinaire) relatives à la transparence de la vie publique, le 11 octobre 2013, qui ont imposé aux principaux responsables publics de transmettre à une autorité nouvelle, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), des déclarations d'intérêts et de situation patrimoniale. Ces lois ont ouvert un vaste chantier de réformes relatives à l'action publique (agents publics, magistrats administratifs et judiciaires, autorités administratives indépendantes). La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, s'inscrit ainsi dans la lignée des lois de 2013.

Le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (n° 1278) a été déposé en juillet 2013, alors que les lois relatives à la transparence de la vie publique étaient encore en débat. Au cours de l'année 2014, la rapporteure du texte, F. Descamps-Crosnier a procédé à de nombreuses auditions sur ce texte, sans toutefois que celui-ci ne soit inscrit à l'ordre du jour. Le 17 juin 2015, le Gouvernement a modifié ce projet de loi par voie de lettre rectificative (n° 2880), afin « *de tenir compte des premiers constats tirés de l'application de la loi du 11 octobre 2013 et de renforcer les outils déontologiques et la*

⁴² Décret n° 2010-1072 du 10 sept. 2010 instituant une commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique

⁴³ *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, janv. 2011

⁴⁴ Pochard M., « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA* 2000, p. 3.

⁴⁵ *Pour un renouveau démocratique*, nov. 2012.

cohérence du dispositif de prévention des conflits d'intérêts »⁴⁶. Le Gouvernement a également la volonté de faire une référence expresse au respect du principe de laïcité, suite aux attentats terroristes de janvier 2015. La loi introduit explicitement dans le statut général une série d'outils permettant de « *développer au sein de la fonction publique une culture de la déontologie au quotidien, axée sur la prévention des risques plutôt que sur une logique répressive* »⁴⁷.

Conformément à la fonction pédagogique de la déontologie, le chapitre IV nouveau de la loi du 13 juillet 1983, « *Des obligations et de la déontologie* », énonce expressément les principales obligations déontologiques, restées jusque-là de nature jurisprudentielle, des fonctionnaires et agents publics. Aux termes de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, modifié par la loi du 20 avril 2016, « *Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité. / Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité. / Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses. / Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité.* ». La loi du 20 avril 2016 fait ainsi « *passer du non-droit écrit au droit statutaire* »⁴⁸ plusieurs obligations de comportement : la dignité, l'impartialité, l'intégrité, la probité, la neutralité et la laïcité. Seul le devoir de réserve reste finalement en dehors du statut⁴⁹, alors qu'il apparaît expressément pour les militaires, dans le Code de la défense⁵⁰ ; pour les policiers et les gendarmes, dans le Code de la sécurité intérieure⁵¹ ; dans le Code de déontologie de l'administration pénitentiaire⁵² ou encore parmi les dispositions statutaires spécifiques aux magistrats de l'ordre judiciaire⁵³ et aux membres des juridictions administratives et financières⁵⁴. Les dispositions de l'article 25 de la loi de 1983 sont reprises dans le Code général de la fonction publique, dont la partie législative a été adoptée par l'ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du Code général de

⁴⁶ Lettre rectificative au projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, Assemblée nationale, n° 2880, 17 juin 2015.

⁴⁷ Descamp-Crosnier F., rapporteure du texte à l'AN (rapport n° 3099), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} oct. 2015.

⁴⁸ Aubin E., « L'entrée de la déontologie dans le titre 1^{er} du statut général », *AJDA* 2016, p. 1433. V. aussi Jean-Pierre D., « La nouvelle déontologie de la fonction publique : du décalogue au catalogue », *JCP A* 2016, n° 2172.

⁴⁹ Bissuel B., « Déontologie des fonctionnaires : le devoir de réserve fait débat », *Le Monde*, 29 mars 2016, p. 10 ; Melleray F., « L'impossible codification de l'obligation de réserve des fonctionnaires », *AJDA* 2013, p. 1593.

⁵⁰ C. défense, art. L. 4121-2.

⁵¹ C. de la sécurité intérieure, art. R. 434-29 (pour la police nationale), art. R. 434-32 (pour la gendarmerie nationale), art. R. 515-15 (pour les polices municipales).

⁵² Art. 10 du décret n° 2010-1711 du 30 déc. 2010 portant code de déontologie du service public pénitentiaire.

⁵³ Art. 10 de l'ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁵⁴ CJA, art. L. 131-2 et L. 231-1-1 ; CJF, art. L. 120-4 et L. 220-4.

la fonction publique, dans deux articles distincts⁵⁵. En revanche, le code a opéré un inquiétant retour en arrière, en faisant disparaître le terme « déontologie » des intitulés de ses divisions internes : le chapitre IV de la loi de 1983 « *Des obligations et de la déontologie* » a laissé la place à un titre II plus sobrement appelé « *Obligations* » (art. L. 121-1 à L. 125-3).

En outre, la loi du 20 avril 2016 a mis en place un système de prévention des conflits d'intérêts, en imposant notamment aux fonctionnaires « *dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient* », l'obligation de déclarer leurs intérêts⁵⁶ et/ou leur situation patrimoniale⁵⁷. La loi introduit dans le statut la définition des conflits d'intérêts en reprenant celle consacrée par la loi de 2013 et énumère les mesures qui s'imposent à l'agent qui se trouve dans une telle situation, notamment l'obligation de départ⁵⁸. La loi resserre les conditions de cumul d'activités par les agents publics⁵⁹ et renforce le contrôle des départs vers le secteur privé⁶⁰. Le référent déontologue fait partie de cette boîte à outils.

L'institution du référent déontologue

Genèse.- Le projet de loi originel, tel qu'il a été déposé le 17 juillet 2013, ne contenait aucune disposition relative aux déontologues : c'est la lettre rectificative du 17 juin 2015 qui introduit ces derniers dans le projet de loi. Par ailleurs, comme le souligne Olivier Renaudie⁶¹, la rédaction de la disposition a évolué lors de la discussion du texte, à l'initiative du Gouvernement. En effet, on est passé de la formule selon laquelle les fonctionnaires « *doivent pouvoir consulter un référent déontologue* » à la suivante : « *tout fonctionnaire a le droit de*

⁵⁵ Aux termes de l'art. L. 121-1, « *L'agent public exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité* ». Selon l'art. L. 121-2, « *Dans l'exercice de ses fonctions, l'agent public est tenu à l'obligation de neutralité./ Il exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il s'abstient notamment de manifester ses opinions religieuses. Il est formé à ce principe. /L'agent public traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité.* ».

⁵⁶ Art. 25 *ter* de la loi du 13 juil. 1983, issu de la loi du 20 avril 2016 ; CGFP art. 122-2 et s.

⁵⁷ Art. 25 *quinquies* de la loi du 13 juil. 1983, issu de la loi du 20 avril 2016 ; CGFP art. L. 122-10.

⁵⁸ Art. 25 *bis* de la loi du 13 juil. 1983, créé par la loi de 2016. L'obligation de prévenir ou faire cesser les situations de conflits d'intérêts figure à l'article L. 121-4 du Code général de la fonction publique. La définition du conflit d'intérêts se trouve quant à elle à l'article L. 121-5. Les mesures qui s'imposent à l'agent se trouvant dans une situation de conflits d'intérêts sont reprises par l'article L. 122-1.

⁵⁹ Art. 25 *quinquies* de la loi du 13 juil. 1983, issu de la loi du 20 avril 2016 ; CGFP, art. L. 121-3 (obligation d'exclusivité) ; art. L. 123-1 à L. 123-10 (règles de cumul).

⁶⁰ Art. 25 *octies* de de la loi du 13 juil. 1983, issu de la loi du 20 avril 2016 ; CGFP, art. L. 124-4 à L. 124-6 (contrôle des activités lucratives des agents ayant cessé leurs fonctions).

⁶¹ Renaudie O., « Les déontologues dans les institutions de santé », *RDSS* 2018, p. 91.

consulter un référent déontologue »⁶². Il s'agit ainsi d'accorder aux fonctionnaires un « *nouveau droit statutaire* »⁶³.

L'idée d'instituer un référent déontologue est alors dans l'air du temps. En effet, à la même époque, des déontologues voient le jour au sein des agences sanitaires nationales. À la suite de l'affaire du Mediator, la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé a cherché à garantir la transparence des relations du monde de la santé avec le secteur industriel privé tant du médicament que des dispositifs médicaux⁶⁴. La loi oblige aussi les membres des collèges des agences sanitaires à établir une déclaration d'intérêts en renvoyant à un décret en Conseil d'État le soin de fixer « *les conditions selon lesquelles une commission éthique, mise en place au sein de chaque agence, contrôle la véracité des informations délivrées dans la déclaration d'intérêts* »⁶⁵. Mais le décret ne verra jamais le jour. À la suite d'un amendement introduit par le Gouvernement au projet de loi initial en avril 2015⁶⁶, la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé procède à la réécriture de l'article L. 1451-4 du Code de la santé, qui prévoit désormais que les agences sanitaires nationales « (...) *désignent un déontologue* ». Comme l'explique Olivier Renaudie⁶⁷, cette mesure est la réponse du Gouvernement aux informations du site Mediapart qui, quelques semaines auparavant, avait révélé l'existence de pots-de-vin remis par des laboratoires pharmaceutiques à certains membres de commissions de la Haute Autorité de santé et de l'Agence nationale de sécurité du médicament⁶⁸. Mais la mission de ces déontologues placés auprès des agences sanitaires sociales est limitée : il s'agit simplement de vérifier que les personnes concernées ont bien rempli leurs déclarations publiques d'intérêts. Il remet chaque année, au plus tard le 31 mars, un rapport sur les conditions d'application des dispositions relatives à la transparence et aux liens d'intérêts, qui est publié sur le site internet de l'autorité ou de l'organisme concerné⁶⁹. La loi est complétée par le décret n° 2016-779 du 10 juin 2016 relatif au déontologue dans les

⁶² Projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires modifié par le Sénat, n° 3453, 28 janv. 2016.

⁶³ Assemblée nationale, débats, première séance du 7 oct. 2015.

⁶⁴ Cette obligation découle de l'article L. 1453-1 du Code de la santé publique et de ses textes d'application (art. D. 1453-1 à R. 1453-9 du Code de la santé publique, arrêté du 22 mars 2017 et note d'information du 29 mai 2017). La base de données publique Transparence - Santé rend ainsi accessible l'ensemble des informations déclarées par les entreprises sur les liens d'intérêts qu'elles entretiennent avec les acteurs du secteur de la santé.

⁶⁵ C. santé publ., art. L. 1451-4, dans sa version issue de la loi du 29 déc. 2011.

⁶⁶ L'amendement est introduit au cours de la discussion publique à l'Assemblée nationale, lors de la 2^e séance du vendredi 10 avril 2015.

⁶⁷ Renaudie O., « Les déontologues dans les institutions de santé », *RDSS* 2018, p. 91.

⁶⁸ Godeluck S., « Les experts du médicament contraints à la transparence », *Les Échos*, 12 avr. 2015.

⁶⁹ C. santé publique, art. L. 1451-4.

autorités et organismes sanitaires. Ce texte précise que « I.-Le déontologue s'assure que l'autorité ou l'organisme au sein duquel il est nommé prend les mesures appropriées pour garantir le recueil des déclarations d'intérêts des personnes qui y sont soumises et pour procéder à l'analyse des liens qui y sont mentionnés. À cet effet, il propose à la personne qui l'a nommé les mesures d'organisation nécessaires au respect des obligations de déclaration des liens d'intérêts et de prévention des conflits d'intérêts. / II.-Le déontologue vérifie que l'autorité ou l'organisme met en place les mesures appropriées pour prévenir ou faire cesser toute situation de conflits d'intérêts »⁷⁰. Dans les institutions de santé coexistent donc deux types de déontologues : les déontologues des agences sanitaires mis en place par la loi du 26 janvier 2016 d'une part, et d'autre part, les référents déontologues des établissements publics de santé, créés par la loi du 20 avril 2016 qui s'applique aux trois versants de la fonctions publiques. La loi du 20 avril 2016 institue par ailleurs des référents déontologues pour les militaires⁷¹.

L'institution d'un référent déontologue au sein de la fonction publique avait déjà été proposée par la Commission Bouchery en décembre 1992 (*supra*). L'idée figure également dans tous les rapports élaborés à la suite de l'affaire *Cahuzac*. En 2011, le rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique présidée par Jean-Marc Sauvé, *Pour une déontologie de la vie publique*, a recommandé d'instituer des « tiers référents de proximité [en tant qu'] échelon "de droit commun" d'aide à la décision, de conseil et de prévention en matière de déontologie et de conflits d'intérêts »⁷². Pour Jean-Marc Sauvé, il est en effet « nécessaire qu'à l'intérieur ou à la périphérie de l'administration, des tiers ou des autorités compétentes en matière de déontologie puissent apporter un appui à la réflexion et la délibération et assurer une mission de questionnement, de conseil ou de contrôle. La déontologie a en effet besoin de référents »⁷³. En 2013, le rapport de Bernard Pêcheur a suggéré, dans le même sens, de « garantir le droit de tout agent public de pouvoir bénéficier d'un conseil déontologique et de s'adresser à un référent déontologique »⁷⁴. En 2015, le rapport de Jean-Louis Nadal a préconisé la diffusion d'une culture déontologique au sein des pouvoirs publics

⁷⁰ C. santé publique, art. R. 1451-13.

⁷¹ Art. L. 4122-10 du Code de la défense.

⁷² Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une déontologie de la vie publique, Rapport au président de la République*, 26 janv. 2011, p. 92-93.

⁷³ Sauvé J.-M., « Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires ? », intervention à l'ENA, 27 mars 2013, reproduite dans la *RFAP*, 2013, n° 147, p. 725.

⁷⁴ *La fonction publique*, Rapport au Premier ministre, oct. 2013, p. 77.

et, notamment, la « *création d'un réseau d'interlocuteurs déontologiques dans les administrations* »⁷⁵.

Missions du référent déontologue.- L'article 28 *bis* de la loi du 13 juillet 1983, créé par la loi du 20 avril 2016⁷⁶, reconnaît « *le droit* » de « *tout fonctionnaire (...) de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux articles 25 à 28* ». L'article précise également que « *cette fonction de conseil s'exerce sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service. / Un décret en Conseil d'État détermine les modalités et critères de désignation des référents déontologues* ». Ainsi le législateur a-t-il pris soin de préserver le pouvoir hiérarchique. En effet, comme le rappelle Christian Vigouroux, la première institution déontologique est bien l'autorité hiérarchique⁷⁷. Le rôle du supérieur hiérarchique est également rappelé à la fin de l'article 25, dans sa version issue de la loi du 20 avril 2016, qui énonce qu'« *il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité* ». Par ailleurs, sans aller jusqu'à imposer la rédaction d'une charte déontologique au sein de chaque administration ou service, l'article 25 prévoit également que « *tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service* ».

La loi du 20 avril 2016 confère en outre au référent déontologue une mission particulière, en matière de lutte contre les conflits d'intérêts. Aux termes de l'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, « *dans le cas d'un conflit d'intérêts, le fonctionnaire doit avoir préalablement alerté en vain l'une des autorités hiérarchiques dont il relève. Il peut également témoigner de tels faits auprès du référent déontologue prévu à l'article 28 bis* ». Le référent déontologue apporte aux personnes intéressées tous conseils de nature à faire cesser la situation de conflit d'intérêts⁷⁸.

À l'instar du déontologue de l'Assemblée nationale ou des collèges de déontologie des juridictions administratives et financières, le référent déontologue, dépourvu de tout pouvoir de sanction, a d'abord pour rôle de conseiller les agents publics qui le sollicitent sur le respect des

⁷⁵ *Renouer la confiance publique*, Rapport au président de la République, 2015, p. 43.

⁷⁶ Ces dispositions figurent à l'art. L. 124-2 du Code général de la fonction publique, aux termes duquel « *Tout agent public a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux chapitres I à III et au présent chapitre. Cette fonction de conseil s'exerce sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service* ».

⁷⁷ Vigouroux C., « Chartes et/ou codes de déontologie et responsabilisation », *JCP A* n° 10-11, 9 mars 2015, 2084.

⁷⁸ Art. 8 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique.

obligations qui leur incombent. S'inscrivant dans la logique préventive propre à la déontologie, son institution vise à sensibiliser les agents au respect de leurs devoirs professionnels, afin d'éviter le recours aux sanctions disciplinaires et pénales. Depuis le 1^{er} février 2020, le rôle du référent déontologue a évolué. Institué par la loi pour conseiller et accompagner les agents, le référent peut désormais être sollicité par l'autorité hiérarchique dans les cas prévus par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, dite loi TFP, s'agissant du contrôle préalable à la création d'entreprise en cumul avec les fonctions publiques, de départ vers le secteur privé ou de retour vers le secteur public. Ce faisant, le texte a opéré une véritable mutation de la fonction, faisant du référent déontologue une sorte de relais de la HATVP auprès des autorités hiérarchiques.

Le référent déontologue, une « *figure de pacotille* » ?

En créant le référent déontologue, la loi du 20 avril 2016 a souhaité, comme le rappelait la rapporteure du texte à l'Assemblée nationale, Françoise Descamps-Crosnier « *insuffler une culture déontologique* »⁷⁹, en responsabilisant à la fois l'agent et son chef de service, dans une logique de « *self control* »⁸⁰. Le référent déontologue a ainsi pu être moqué, traité de « *super-héros sans super-pouvoir* »⁸¹. Pour Olivia Bui-Xuan, évoquant non pas précisément le référent déontologue mais plus largement la figure du déontologue, cette dernière ne serait qu'une « *figure alibi* » ou « *figure vitrine* », une « *figure de pacotille, ostensible mais fragile* », qui ne servirait qu'à cautionner la logique néomanagériale qui traverse l'État depuis les années 2000⁸². L'auteur dénonce un « *effet de trompe-l'œil : la loi ne rend pas plus effective la déontologie mais augmente le nombre de situations susceptibles d'engendrer des problèmes déontologiques* ».

Assurément, le référent déontologue est un dispositif « *modeste* »⁸³, une figure « *non arrogante* » du droit public⁸⁴. Il est également incontestable que le renforcement des contrôles

⁷⁹ Assemblée nationale, débats, première séance du 7 oct. 2015.

⁸⁰ Aubin E., « L'entrée de la déontologie dans le titre I^{er} du statut général. Vers une meilleure prévention des risques dans la fonction publique ? », *AJDA* 2016, p. 1433. V. aussi, sur la logique du *self control*. Cassia P., *Conflits d'intérêts; Les liaisons dangereuses de la République*, Odile Jacob, 2014, p. 155

⁸¹ Jean-Pierre D., « Le référent déontologue : un super-héros sans super-pouvoir », *JCP A* 19 juin 2017, n° 24, p. 32.

⁸² Bui-Xuan O., « Le déontologue », *RDP* 6-2021, p. 1447.

⁸³ Fournoux L. (de), « Le référent », *RDP* 6-2021, p. 1459.

⁸⁴ Nous reprenons ici les termes employés par le sociologue Michel Crozier qui défendait l'idée d'un État modeste, par opposition à un État arrogant. V. Crozier M., *État modeste, État moderne. Stratégies pour un autre changement*, Paris, Fayard, 1986. V. aussi Crozier M., « Sur l'État modeste et l'État arrogant », *Le Monde*, 11 janv. 1996.

déontologiques va parfois de pair avec des mesures visant à favoriser les échanges entre la sphère publique et la sphère privée. Ainsi, avec la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, c'est pour encourager la mobilité vers le secteur privé et la création d'entreprise par les agents publics que le législateur a renforcé les prérogatives de la Commission de déontologie de la fonction publique : il s'agissait alors de prémunir les agents de tout risque pénal de prise illégale d'intérêt. À cet égard, Anicet le Pors considérait d'ailleurs ce texte comme « *une loi de dénaturation de la fonction publique* »⁸⁵, tendant « *essentiellement à brouiller l'interface entre le public et le privé* » et rendant les règles déontologiques « *plus laxistes* ».

Cependant, s'agissant précisément du référent déontologue, celui-ci a été créé par la loi du 20 avril 2016 qui souhaite justement opérer un retour en arrière par rapport aux assouplissements apportés par la loi de 2007. L'ambition du législateur semble alors sincère : il s'agit de redonner toute sa force à l'obligation de désintéressement de l'agent public. Il sera montré dans cette étude que globalement, les règles relatives à l'exercice d'activités privées par les agents publics, que ce soit pendant ou à l'issue de l'exercice de leurs fonctions publiques, connaissent une certaine stabilité, sous réserve de certains ajustements. Ce qui pose problème, comme le constatait déjà le Conseil d'État en 1998, à propos du vieux décret-loi du 29 octobre 1936 relatif au cumul d'activités des agents publics, ce n'est pas tant le fond de la réglementation que son absence d'application⁸⁶. L'institution du référent déontologue apparaît donc comme une idée à la fois simple et originale, un pari osé, misant sur le « *dialogue déontologique de proximité* »⁸⁷, dans toutes les administrations, pour l'ensemble des agents des trois fonctions publiques.

Un double regard théorique et pratique

Puisque la prévention des conflits d'intérêts implique pour les acteurs de la vie publique comme pour les experts et les chercheurs de déclarer leurs intérêts, il convient de se prêter à l'exercice afin de préciser notre positionnement par rapport au sujet étudié. Cette étude

⁸⁵ Le Pors A., « Une loi de dénaturation de la fonction publique », *JCP A* n° 12, 19 mars 2007, n° 2069. V. le point de vue sensiblement différent de Marcel Pochard : « La récente loi de modernisation de la fonction publique va-t-elle dans le bon sens ? », *JCP A* n° 12, 19 mars 2007, n° 2070.

⁸⁶ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Le cumul d'activités et de rémunération des agents publics*, 30 nov. 1998.

⁸⁷ L'expression est employée par la ministre Marylise Lebranchu lors de la discussion du projet de loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, Assemblée nationale, débats, première séance du 7 oct. 2015.

consacrée au référent déontologue ne constitue pas un travail doctrinal classique. Il s'agit en effet de porter un double regard sur cette figure moderne de l'administration, celui d'une universitaire exerçant les fonctions de référent déontologue. Désignée par le centre de gestion du Rhône et de la Métropole de Lyon (CDG 69) en janvier 2018, j'exerce les fonctions de référent déontologue pour les agents publics des collectivités territoriales et des établissements publics relevant du territoire du CDG 69, ainsi que pour les agents des collectivités et établissements non affiliés ayant désigné le référent déontologue du CDG 69 comme référent pour leurs agents. J'exerce également les fonctions de référent déontologue pour les CDG 15, 26, 38 et 43, ceux-ci ayant signé une convention de mutualisation avec le CDG 69. Depuis janvier 2020, je me suis vu confier les fonctions de référent déontologue pour l'université Jean Moulin Lyon 3, qui m'emploie en tant que maîtresse de conférences, ce qui me permet de comparer les fonctions de référent déontologue selon qu'elles sont exercées par une personne extérieure à l'administration concernée ou par un agent qui en fait partie. Par ailleurs, depuis mai 2021, je préside le Comité de déontologie et d'éthique de la Métropole européenne de Lille (MEL) et à ce titre, j'exerce la mission de référente déontologue des élus (conseil individuel). Le Comité de déontologie et d'éthique est un organe indépendant, impartial et consultatif, composé de trois personnalités qualifiées, extérieures à la MEL. Ont ainsi été désignés, avec moi, un haut fonctionnaire territorial et magistrat financier à la retraite, Jean-Bernard Balcon, ainsi qu'un magistrat administratif à la retraite, Jean-Pierre Bouchut. Nous sommes tous trois rémunérés pour exercer nos fonctions, sous la forme de vacations horaires. Le Comité émet des recommandations sur la politique déontologique de la MEL et sur toutes mesures ou procédures destinées en particulier à prévenir les manquements aux obligations déontologiques et de transparence des élus comme des agents. Enfin, depuis novembre 2021, je siége, à titre bénévole, dans le Comité consultatif de déontologie et de transparence des élus de la Ville de Lyon.

Si elle se nourrit de travaux universitaires réalisés par les spécialistes de droit de la fonction publique et de déontologie de la vie publique, cette étude puise aussi ses sources dans les fonctions de référent déontologue que j'exerce depuis plusieurs années. Peu d'arrêts sont cités tout au long de ce travail. Le référent déontologue est une figure jeune, prenant place dans un cadre institutionnel profondément rénové. En outre, dépourvu de pouvoir de sanction, il intervient à titre préventif. La jurisprudence est donc (encore) rare. Ce travail est ainsi l'occasion de rendre publics un dispositif et des procédures qui relèvent de la vie intérieure de l'administration. Il s'agit donc d'une approche non contentieuse du droit administratif.

Fruit d'une double approche théorique et pratique, cette étude sera l'occasion de formuler un certain nombre de propositions visant à améliorer la figure du référent déontologue au sein de la fonction publique civile, et plus largement l'efficacité des contrôles déontologiques. Membre de l'Observatoire de l'éthique publique (OEP), *think tank* fondé par le député honoraire René Dosière et rassemblant des parlementaires et des chercheurs, j'assume en effet une posture doctrinale conduisant à suggérer des pistes de réforme, dans l'espoir de contribuer aux progrès de la transparence et de la déontologie publiques.

Plan de l'étude

Le référent déontologue n'est pas la première instance déontologique instituée par la loi pour l'ensemble de la fonction publique civile puisqu'a été créée bien avant lui, dès 1991, une Commission de déontologie de la fonction publique. Le référent déontologue prend ainsi place dans un paysage institutionnel qui s'est lentement construit afin d'encadrer les départs des agents publics vers le secteur privé d'abord, le cumul d'un emploi public avec une activité professionnelle privée, ensuite. Ce cadre institutionnel de contrôle de la déontologie publique a été profondément rénové : la Commission de déontologie a finalement été supprimée par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique qui transfère ses compétences à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Cette dernière est ainsi devenue « *la figure centrale de la déontologie de l'action publique* »⁸⁸. Né avec la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, le référent déontologue s'est désormais installé dans l'univers de la fonction publique⁸⁹. S'il est d'abord le « *confident déontologique* »⁹⁰ des agents publics, il est aussi, depuis la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019, une instance de contrôle déontologique placée auprès des autorités hiérarchiques et tend à devenir un délégué de la HATVP au sein des administrations (Titre 1).

Le champ d'intervention du déontologue, tel qu'il résulte de la référence aux articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet 1983, est large : un agent peut saisir le déontologue à propos de toute question concernant ses obligations en matière de dignité, probité, impartialité, neutralité, discrétion professionnelle, obéissance hiérarchique, déclaration d'intérêts ou encore cumul

⁸⁸ HATVP, *Guide déontologique II*, avant-propos, p. 1.

⁸⁹ Toutes les administrations n'ont pas encore désigné leur référent déontologue selon le rapport d'activité 2020 de la HATVP (p. 29).

⁹⁰ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique (présidée par J.-M. Sauvé), *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, janv. 2011, p. 93.

d'activités. Toutefois, il apparaît en pratique que les référents déontologiques mis en place sur le fondement de l'article 28 *bis* de la loi de 1983 sont majoritairement saisis de questions portant sur l'exercice d'activités privées lucratives par les agents publics en cumul avec leurs fonctions publiques ou dans le cadre d'un départ temporaire ou définitif de la fonction publique (Titre 2).

Titre 1. L'insertion du référent déontologie dans un paysage institutionnel en mutation

Titre 2. L'exercice d'activités privées par les agents publics, au cœur des missions du référent déontologie

Titre 1. L’insertion du référent déontologue dans un paysage institutionnel en mutation

Le cadre institutionnel de contrôle de la déontologie des agents publics a été profondément rénové. La Commission de déontologie de la fonction publique qui apparaît en 1991 pour contrôler les projets de départ des agents publics vers le secteur privé, verra ses compétences et ses prérogatives successivement renforcées par la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique puis par celle du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, qui crée également le référent déontologue. La Commission a finalement été supprimée par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique qui transfère ses compétences à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Mais la Haute Autorité a vu le champ de son contrôle resserré sur les fonctionnaires présentant un risque déontologique élevé. Ainsi, 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 (Section 1).

Le décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique a laissé aux administrations une grande liberté dans la mise en place des référents déontologues, ce qui se traduit par une certaine hétérogénéité de ces derniers. Les référents déontologues institués au sein des administrations prennent des formes variées : collèges, personnalités agissant seules, voire en binôme, tantôt internes à l’administration concernée, tantôt extérieures, etc. Pour assurer un minimum de cohérence dans leur action et renforcer la qualité des réponses qu’ils apportent aux agents comme aux autorités hiérarchiques, la constitution d’un, voire plusieurs réseaux de référents déontologues est indispensable. En outre, les nouvelles missions qui ont été confiées au référent déontologue par la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 nécessitent d’être complétées pour renforcer ses prérogatives et faire de lui un véritable délégué de la HATVP (Section 2).

Section 1. La profonde rénovation du cadre institutionnel de contrôle de la déontologie

Apparue en 1991, puis consacrée 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, dite « loi Sapin », la Commission de déontologie de la fonction publique était chargée d'apprécier la compatibilité des activités privées que souhaitent exercer les agents publics (§ 1). Elle a finalement été supprimée par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique qui a transféré ses compétences à la HATVP. Cette dernière est ainsi devenue « *la figure centrale de la déontologie de l'action publique* »⁹¹ (§ 2).

§ 1. La Commission de déontologie de la fonction publique, première instance déontologique propre à la fonction publique

Installée le 16 mars 1995 par le ministre de la fonction publique, la Commission de déontologie était chargée, en vertu de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, d'apprécier la compatibilité, avec leurs fonctions précédentes, des activités privées que souhaitent exercer des fonctionnaires de l'État cessant temporairement ou définitivement leurs fonctions (A). À partir de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, la Commission de déontologie, compétente pour l'ensemble des agents publics, donne un avis non seulement sur les déclarations des agents qui quittent le secteur public, de manière temporaire ou définitive, pour exercer une activité privée lucrative, mais aussi 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 par les personnes entrant dans la fonction publique (B). La Commission a vu ses compétences et ses prérogatives renforcées d'abord par la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, à la suite de l'affaire *Pérol* (C), puis par la loi du 20 avril 2016, avant d'être supprimée par la loi de

⁹¹ HATVP, *Guide déontologique II*, avant-propos, p. 1.

transformation de la fonction publique du 6 août 2019 qui transfère ses compétences à la HATVP (D).

A. Le « premier âge » de la Commission de déontologie de la fonction publique (1991-2007)

Le décret du 17 janvier 1991 institue une commission chargée d'émettre un avis sur la compatibilité des activités privées envisagées avec les fonctions administratives effectivement exercées par le fonctionnaire concerné. Cette commission n'était compétente qu'à l'égard des seuls fonctionnaires de l'État et ne devait être saisie que dans l'hypothèse où l'administration envisageait d'opposer une incompatibilité (1). Souhaitant étendre le mécanisme de contrôle des départs vers le secteur privé, 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 instaure une commission consultative commune aux trois fonctions publiques, chargée d'émettre un avis sur la compatibilité de l'activité privée avec les fonctions publiques antérieures (2).

1. La première Commission instituée par le décret de 1991 pour les fonctionnaires de l'État

Le délit d'ingérence, devenu prise illégale d'intérêts, prévu à l'article 432-12 du Code pénal, résulte du Code pénal napoléonien de 1810. Il faut attendre plus d'un siècle pour que la loi du 6 octobre 1919 introduise un nouvel alinéa à l'article 175 du Code pénal afin de sanctionner les ingérences après l'exercice des fonctions, limitant ainsi ce qu'on appelle communément le « pantouflage »⁹². Cet article deviendra d'abord l'article 175-1 puis, avec la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992, l'article 432-13 du nouveau Code pénal.

Ces incriminations pénales seront complétées par la consécration, dans les statuts successifs de la fonction publique, d'une obligation dite de « désintéressement », qui s'impose aux fonctionnaires en activité et après la cessation de leurs fonctions. Une interdiction quinquennale d'exercice dans le secteur privé pour le fonctionnaire quittant, à titre temporaire ou définitif, la fonction publique apparaît à l'article 9 du statut du 14 septembre 1941. L'article 136 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires

⁹² À l'origine, le mot « pantoufle » désignait, dans l'argot de l'École polytechnique, le renoncement à toute carrière de l'État à la fin des études. La « pantoufle » s'opposait théoriquement à la « botte ». Plus tard, le terme a également désigné le montant à rembourser en cas de non-respect de l'engagement décennal.

prévoyait qu'un règlement d'administration publique définirait les activités privées, qu'à raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui a été mis en disponibilité ne pourrait exercer. Cette formule a été reprise par l'article 54 de l'ordonnance n° 59-224 du 4 février 1959 et a également inspiré, avant son abrogation en 2007, l'article 72 du titre II de l'actuel statut général (loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État), aux termes duquel « *un décret en Conseil d'État définit les activités privées qu'en raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui a été mis en disponibilité ne peut exercer. S'agissant de fonctionnaires ayant cessé définitivement leurs fonctions, il peut prévoir que cette interdiction sera limitée dans le temps* ». La même interdiction figurait, en des termes analogues, à l'article 95 du titre III du statut général (loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale) et à l'article 90 du titre IV (loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière)⁹³.

Mais le pouvoir réglementaire s'est longtemps abstenu de prendre les textes d'application nécessaires. Le Gouvernement avait pourtant consulté le Conseil d'État, en 1963, sur l'harmonisation des dispositions du statut général des fonctionnaires et des articles 175 et 175-1 du Code pénal. Il faudra attendre l'intervention, à la suite de certains abus relevés par la Cour des comptes, du décret n° 91-109 du 17 janvier 1991, pris pour l'application de l'article 72 de la loi du 11 janvier 1984 précité. Le décret institue une commission *ad hoc* chargée d'émettre un avis sur la compatibilité des activités privées envisagées avec les fonctions administratives effectivement exercées par le fonctionnaire concerné. La saisine de cette commission, compétente à l'égard des seuls fonctionnaires de l'État, n'était toutefois obligatoire que dans l'hypothèse où l'administration envisageait d'opposer une incompatibilité⁹⁴.

2. La consécration législative et l'extension aux trois versants de la fonction publique

Afin d'étendre le mécanisme de contrôle des départs vers le secteur privé, l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la

⁹³ Ces dispositions ont été abrogées par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

⁹⁴ Sur les origines de la Commission de déontologie, v. notamment le rappel historique figurant dans le premier rapport remis au Premier ministre par la Commission instituée par l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 (mars 1995-mars 1996).

transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin, instaure une commission consultative commune aux trois fonctions publiques, chargée d'émettre un avis sur la compatibilité avec les fonctions antérieures de l'activité privée. Le décret d'application prévu par l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 n'ayant pas été promulgué, la commission a continué à fonctionner sur la base du décret du 17 janvier 1991. Le rapporteur du texte au Sénat de la future loi n° 94-530 du 28 juin 1994 relative à certaines modalités de nomination dans la fonction publique de l'État et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées⁹⁵ relevait que la commission n'avait été saisie que quinze fois entre son installation au début de l'année 1991 et janvier 1994, aucune de ces saisines ne concernant un fonctionnaire de catégorie A⁹⁶. Dans sa rédaction issue de la loi de 1994, l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 prévoit désormais l'institution de trois commissions consultatives distinctes, propres à chacune des fonctions publiques, mais, surtout, il fait de leur consultation une obligation, ce qui constitue « *la véritable impulsion donnée à la commission de déontologie* »⁹⁷. Cette fois, le texte d'application voit le jour rapidement. Il s'agit 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 1994⁹⁸. Évolution importante, le fonctionnaire dispose de la possibilité de saisir directement la commission, s'il souhaite par exemple avoir l'assurance que son départ ne pose aucun problème déontologique en cas de carence de son administration. Pour les agents territoriaux, la commission pouvait également être saisie par le préfet. Cette disposition, restée inutilisée, sera abrogée en 2007. Dans son premier rapport au Premier ministre, la commission spécifique à la fonction publique de l'État indiquera avoir rendu au total 552 avis au cours de la période mars 1995 - mars 1996.

Au cours de ce « premier âge » de la commission (1995-2007)⁹⁹, le cadre législatif varie peu. La loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche a étendu les attributions de la Commission de déontologie compétente à l'égard de la fonction publique de l'État au cas particulier de la participation à la création d'entreprise ou aux activités d'entreprises existantes

⁹⁵ Loi n° 94-530 du 28 juin 1994 relative à certaines modalités de nomination dans la fonction publique de l'État et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées.

⁹⁶ Rapp. de F. Blaizot, au nom de la commission des lois du Sénat, n° 351 (1993-1994), p. 36, cité par Firoud M., « La commission de déontologie est-elle désormais bien nommée ? Au lendemain de la loi "Déontologie" », *AJCT* 2016, p. 371.

⁹⁷ Firoud M., « La commission de déontologie est-elle désormais bien nommée », préc.

⁹⁸ Parallèlement, le décret n° 96-28 du 11 janv. 1996 prévoit un dispositif analogue pour les militaires, en vertu de l'article 35 de leurs statuts (loi n° 72-662 du 13 juil. 1972).

⁹⁹ Firoud M., « La commission de déontologie est-elle désormais bien nommée », préc.

des fonctionnaires du service public de la recherche. En 2002, afin d'aligner le droit de la fonction publique sur la notion pénale de prise illégale d'intérêts à la suite de la décision *Société Lambda* du Conseil d'État¹⁰⁰, le champ du contrôle de la commission est élargi aux départs par voie de détachement, de hors cadres, de mise à disposition et d'exclusion temporaire de fonctions.

B. Le tournant de 2007 : clarifier les règles concernant l'exercice d'activités privées par les agents publics afin d'encourager les échanges entre secteur public et secteur privé

La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique affiche clairement ses ambitions. Il n'est pas question de resserrer les possibilités de départ vers le secteur privé ou de cumul d'un emploi public avec une activité privée, bien au contraire. Il s'agit de faire en sorte que les agents publics soient mieux informés des règles qui leur sont applicables s'ils souhaitent exercer une activité privée. Compte tenu des sanctions disciplinaires et pénales encourues en cas de manquement à la déontologie, il n'est en effet pas satisfaisant de placer certains personnels dans l'incertitude quant à la conformité de leur activité avec leurs obligations statutaires. Selon le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, le député Jacques-Alain Bénisti, « *cette clarification permettra d'encourager les échanges entre secteur public et secteur privé, qui, en empêchant la fonction publique de vivre repliée sur elle-même, sont de nature à améliorer l'efficacité des services publics. Il est utile, par exemple, que les cadres de la fonction publique puissent exercer des fonctions similaires dans une entreprise privée afin d'acquérir une nouvelle expérience dont ils peuvent ensuite faire bénéficier le secteur public. En outre, cet élargissement des mobilités offertes aux fonctionnaires leur permet d'améliorer leurs perspectives de carrière. Il convient cependant, en contrepartie, d'accentuer le contrôle déontologique afin d'éviter toute collusion entre les fonctionnaires et les entreprises et de garantir que l'objectif poursuivi reste la recherche de l'intérêt général* »¹⁰¹. La loi renforce ainsi le contrôle déontologique à l'occasion des départs vers le secteur privé, afin de mieux prémunir les agents publics d'éventuelles condamnations pénales pour prise illégale d'intérêt (C. pén., art. 432-13). Elle réduit de cinq à trois ans le délai pendant lequel l'agent public se voit interdire de rejoindre une entreprise avec laquelle il a noué des liens professionnels dans le cadre de ses fonctions publiques. La loi assouplit également les conditions de cumul d'un

¹⁰⁰ CE, 6 déc. 1996, n° 167502, *Sté Lambda*, *Leb.* p. 466 ; *AJDA* 1997. 205 ; *ibid.* 152, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *AJFP* 1997. 35, note G. Simon ; *RFDA* 1997, p. 173, concl. D. Piveteau ; *GAJA*.

¹⁰¹ Rapport n° 3174, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 21 juin 2006.

emploi public avec une activité privée, afin de favoriser la création d'entreprises par les agents publics : elle établit une dérogation à l'interdiction de cumuler un emploi public et une activité privée en faveur des fonctionnaires qui créent ou reprennent une entreprise. Cette dérogation est valable un an et est subordonnée à un avis préalable de la Commission de déontologie.

Avec la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, les trois commissions existantes pour chaque versant de la fonction publique sont fusionnées en une seule Commission de déontologie. Présidée par un conseiller d'État, la Commission comprenait en outre un conseiller à la Cour de cassation, un conseiller maître à la Cour des comptes et deux personnalités qualifiées, ainsi que deux membres supplémentaires siégeant en formation spécialisée pour chacune des trois fonctions publiques et pour les personnels de recherche. Dans chacune de ces quatre formations siégeaient 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. La Commission était dotée d'un rapporteur général et d'un rapporteur général adjoint, tous deux membres du Conseil d'État, ainsi que d'une équipe comprenant une vingtaine de rapporteurs issus principalement des juridictions administratives et financières, mais aussi pour certains, de l'administration centrale et pour d'autres, de l'université, nommés comme les membres pour une durée de trois ans.

En outre, avec la loi de 2007, la Commission se voit reconnaître de nouvelles compétences au-delà du « pantouflage ». Compétente pour l'ensemble des agents publics, elle est chargée de donner un avis, non seulement sur les déclarations des agents qui quittent le secteur public, de manière temporaire ou définitive, pour exercer une activité privée lucrative, mais aussi 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). Dans le cas du cumul pour création ou reprise d'entreprise comme dans celui de la poursuite d'activité en qualité de dirigeant d'entreprise, la saisine pour avis de la Commission est obligatoire.

Dans le même temps, la loi du 2 février 2007 revient sur la réforme de 1994 qui avait instauré la saisine obligatoire de la Commission lorsque l'agent rejoint le secteur privé. Elle introduit une nouvelle rédaction de l'article 432-13 du Code pénal sanctionnant la prise illégale d'intérêts à l'issue des fonctions : il est désormais interdit à un agent public de rejoindre une entreprise sur laquelle il a effectivement exercé, dans le cadre de ses fonctions, une surveillance ou un contrôle ou avec laquelle il s'est trouvé en relation pour la passation ou l'exécution d'un

marché ou d'un contrat, avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ses fonctions administratives. La saisine de la Commission n'est désormais obligatoire pour l'administration dont dépend l'agent, que dans le cas de personnes effectivement chargées, soit d'assurer le contrôle ou la surveillance d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur ces contrats, soit de proposer des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée, ou de formuler un avis sur ces décisions.

Enfin, les avis d'incompatibilité de la Commission acquièrent la qualité d'avis conformes, qui lie l'administration et les fonctionnaires intéressés. La loi entérine la pratique des « *avis de compatibilité sous réserves* ». Cependant, les avis de compatibilité, même assortis d'une réserve, laissent à l'administration le choix de la décision finale.

C. De l'affaire *Pérol* à la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité dans la fonction publique

L'affaire *François Pérol*, qui éclate début 2009, met en lumière les faiblesses de la Commission de déontologie : poursuivi pour prise illégale d'intérêts et relaxé par la Cour d'appel de Paris en 2017, l'ancien secrétaire général adjoint de l'Élysée sous la présidence de Nicolas Sarkozy, avait pris la tête du groupe des Banques populaires et Caisses d'épargne (BPCE), sans que la Commission de déontologie ne soit saisie¹⁰². Ce camouflet infligé à la Commission a néanmoins des conséquences positives. Une enquête préliminaire ayant été ouverte par le parquet de Paris sur les conditions de départ de M. Pérol, l'affaire a eu pour effet de révéler le risque de poursuites pénales pris par les agents qui s'exonèrent de l'avis de la Commission. Son président, Olivier Fouquet affirme ainsi dans le journal *Le Monde* : « *Notre rôle était obscur ; il ne l'est plus* »¹⁰³.

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, lui donne le pouvoir de se saisir elle-même d'un cas d'espèce. L'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 modifié prévoit désormais que la Commission peut être saisie « *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*

¹⁰² « Le "parachutage" de François Pérol n'a pas été validé par la Commission de déontologie », *Le Monde*, 25 févr. 2009, par Claire Gatinois, Arnaud Leparmentier et Anne Michel ; « Affaire Pérol : deux membres de la Commission de déontologie démissionnent », *Le Monde* avec *AFP*, 19 mai 2009 ; « La Commission de déontologie a failli démissionner collectivement », *Le Monde*, 13 mars 2009.

¹⁰³ « Après l'affaire *Pérol*, la Commission de déontologie réaffirme son rôle », *Le Monde*, par Claire Gatinois et Anne Michel, 24 juin 2009.

de l'organisme privé ». Mais ce délai très court prive en pratique de toute portée utile cette disposition. Il sera rallongé par la loi de 2016 (*infra*).

La loi de 2009 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 et instauré une simple obligation d'information de la Commission pour les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales qui désirent exercer, après leur départ de la collectivité, une activité privée lucrative. À ce titre, elle a délivré, en 2009, un avis de compatibilité concernant la nomination de Stéphane Richard, ex-directeur de cabinet de la ministre de l'économie, Christine Lagarde, à la direction générale de France Télécom, dont il est devenu PDG quelques mois plus tard. Administrateur du groupe, il s'était engagé à ne pas s'occuper des télécommunications chez Mme Lagarde. En revanche, en décembre 2010, elle a jugé incompatible la candidature d'Alexandre de Juniac, directeur de cabinet de Mme Lagarde, pour remplacer Anne Lauvergeon à la tête d'Areva au terme de son mandat, fin juin 2011, dans la mesure où ses fonctions l'avaient amené à intervenir dans des dossiers concernant le groupe nucléaire¹⁰⁴.

En dépit du renforcement de ses prérogatives, l'autorité de la Commission n'en reste pas moins fragile, comme le montre l'affaire mettant en cause l'ancien secrétaire général de l'Élysée sous la présidence d'Emmanuel Macron, Alexis Kohler, parti pantoufler en tant que directeur financier chez l'armateur MSC, gros client des chantiers navals STX (Saint-Nazaire), au sein desquels il représentait l'État actionnaire. Après avoir siégé au conseil d'administration de STX France entre 2010 et 2012 en tant que représentant de l'État, M. Kohler a voulu, à deux reprises, rejoindre MSC. La première fois, en avril 2014, la Commission de déontologie, s'était opposée à sa demande. Mais la seconde fois, en 2016, la Commission a émis un avis favorable, considérant que le délai de carence de 3 ans est écoulé. Alexis Kohler devient alors directeur financier de MSC. Fin mars 2017, avant qu'il soit nommé secrétaire général de l'Élysée en mai 2017, il se rend à Bercy en tant que directeur financier de MSC pour contester le rachat de STX par son concurrent italien Fincantieri, en dépit de la réserve formulée par la Commission de déontologie qui lui avait interdit de rencontrer ses anciens collègues à titre professionnel pendant trois ans. Entendu par la mission d'information de l'Assemblée nationale sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts, le président de la Commission de déontologie, Roland Peylet, était contraint de reconnaître que l'institution

¹⁰⁴ « La Commission de déontologie juge qu'Alexandre de Juniac ne peut pas diriger Areva », *Le Monde*, 16 déc. 2010, par Jean-Michel Bezat.

n'avait pas les moyens de vérifier et d'assurer le respect des nombreuses réserves qu'elle peut émettre, ajoutant qu'il appartient à l'administration de le faire et de prononcer des sanctions disciplinaires si nécessaire. L'enquête visant le secrétaire général de l'Élysée, Alexis Kohler, pour prise illégale d'intérêts a été classée sans suite par le Parquet national financier (PNF) en août 2019 mais une nouvelle information judiciaire pour prise illégale d'intérêts, trafic d'influence et défaut de déclaration à la HATVP a été ouverte en juin 2020, faisant suite à une nouvelle plainte avec constitution de partie civile, déposée le 4 décembre 2019, par l'association de lutte contre la corruption, Anticor.

D. L'ultime renforcement des prérogatives de la Commission de déontologie par la loi du 20 avril 2016

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a pris en compte nombre des remarques présentées dans les conclusions des rapports rendus les années précédentes par la Commission - alors présidée par Jacques Arrighi de Casanova. Elle renforce significativement les prérogatives de la Commission de déontologie¹⁰⁵.

La loi du 20 avril 2016 modifie à la marge la composition de la Commission. Celle-ci se voit désormais appliquer le respect de la parité. Le principe d'une composition variable en fonction de l'appartenance du demandeur à telle ou telle des trois fonctions publiques – héritage de l'époque où trois Commissions coexistaient – est maintenu. Une simplification est apportée par la perte de la voix délibérative du représentant de l'administration dont relève la personne dont le dossier est examiné. La Commission gagne une personnalité qualifiée dont le nombre passe de deux à trois et conserve pour le reste ses membres : un conseiller d'État président, un conseiller maître à la Cour des comptes, un magistrat de l'ordre judiciaire et, selon le cas, deux représentants de la fonction publique de l'État, de la fonction publique territoriale ou de la fonction publique hospitalière ou deux personnalités qualifiées dans le domaine de la recherche ou de la valorisation de la recherche.

Avec la loi du 20 avril 2016, la Commission de déontologie de la fonction publique reste chargée de donner un avis, comme elle le fait depuis la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de

¹⁰⁵ Les dispositions de la loi du 20 avril 2016 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.

modernisation de la fonction publique, sur les déclarations des agents des trois fonctions publiques, qui souhaitent exercer une activité privée lucrative, soit qu'ils quittent ou aient quitté depuis moins de trois ans des fonctions administratives de manière temporaire ou définitive, soit qu'ils entendent créer ou reprendre une entreprise en cumul avec leur emploi public. Mais la saisine pour avis de la Commission redevient obligatoire, comme c'était le cas avant la loi du 2 février 2007, dans tous les cas d'exercice, dans un délai inférieur à trois ans 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 saisine de la Commission reste, comme précédemment, obligatoire en cas de cumul pour création ou reprise d'entreprise.

La loi mentionne désormais expressément le caractère préalable de la saisine de la Commission et allonge le délai dans lequel son président peut lui-même la saisir lorsque ni l'intéressé ni l'administration ne l'ont fait préalablement : trois mois à compter de l'embauche de l'intéressé ou de la création de son entreprise, au lieu de dix jours comme le prévoyait la loi de 2009.

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 anciennes missions de la Commission, qu'elle conserve, viennent s'ajouter de nouvelles compétences :

- 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 ;

Deux modifications vont accroître de façon substantielle la portée des avis de la Commission de déontologie. Les avis de la Commission lient l'administration non seulement, 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. En outre, la loi prévoit que le contrat de travail dont est titulaire un agent qui ne

respecte pas l'avis rendu par la Commission prend fin à la date de notification de cet avis sans préavis et sans indemnité de rupture.

La Commission avait fait valoir la nécessité de disposer, pour exercer efficacement son contrôle, de pouvoirs d'investigation renforcés. Ceux qui lui étaient reconnus jusque-là reposaient seulement sur des dispositions réglementaires. La loi de 2016 reconnaît à la Commission le pouvoir de demander à l'agent ou à l'autorité dont il relève toute explication ou tout document nécessaires à l'exercice de ses missions et recueillir auprès des personnes publiques et privées toute information utile 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.

D'abord renforcée, la Commission sera finalement supprimée par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

§ 2. La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, figure centrale de la déontologie de l'action publique

La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a supprimé la Commission de déontologie de la fonction publique et transféré ses compétences à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Six ans après sa création par la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, la Haute Autorité a vu ses compétences évoluer en profondeur : elle est ainsi devenue « *la figure centrale de la déontologie de l'action publique* »¹⁰⁶ (A). Mais, alors que l'ancienne Commission de déontologie était systématiquement saisie de tous les projets des agents publics de création d'entreprise ou de départ vers le secteur privé, la Haute Autorité a vu 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. Pour la grande majorité des agents, la loi a mis en place un système déconcentré : le contrôle

¹⁰⁶ HATVP, *Guide déontologique II, Contrôle et prévention des conflits d'intérêts*, avant-propos du président Didier Migaud, p. 1.

déontologique est exercé sur place par l'autorité hiérarchique et le référent déontologue (B). La portée des contrôles déontologiques est renforcée (C).

A. La Commission de déontologie de la fonction publique remplacée par la HATVP

Dans un premier temps, la Commission de déontologie de la fonction publique a coexisté avec la Haute Autorité, ce qui a entraîné des chevauchements entre les compétences respectives des deux institutions (1). Pour y remédier, mais aussi pour tourner la page de la Commission de déontologie, critiquée pour avoir laissé trop facilement partir les membres des grands corps de l'État dans le secteur privé, le législateur fait finalement le choix de transférer ses compétences à la Haute Autorité (2). Alors qu'une proposition de loi prévoit de transférer les compétences de l'Agence française anti-corruption (AFA) à l'égard des acteurs publics à la Haute Autorité, cette dernière pourrait devenir la grande Autorité de la déontologie de la vie publique préconisée par la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique (3).

1. La coexistence de la HATVP avec la Commission de déontologie de la fonction publique et les référents déontologues

La Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique présidée par Jean-Marc Sauvé, préconisait dans son rapport la création « *d'une Autorité de déontologie de la vie publique, qui reprendrait les missions des actuelles Commission pour la transparence financière de la vie politique et Commission de déontologie, auxquelles s'ajouteraient les missions de prévention des conflits d'intérêts dans la sphère publique* »¹⁰⁷. Elle suggérait également que « *le travail de cette Autorité serait articulé avec celui d'un réseau de déontologues expérimentés placés respectivement auprès du Gouvernement, des différentes administrations et institutions, des établissements publics ainsi que des entreprises et collectivités publiques* »¹⁰⁸.

La HATVP, qui a vu le jour avec les lois d'octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, n'est pas la grande Autorité de déontologie de la vie publique proposée par le rapport Sauvé. Sa compétence originelle consiste à contrôler les déclarations d'intérêts et de patrimoine qui lui sont transmises par plus de 15 000 responsables publics. La loi du 20 avril

¹⁰⁷ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, 26 janv. 2011, p. 91.

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 92.

2016 a fait le choix de renforcer les pouvoirs de la Commission de déontologie. Mais les compétences des deux institutions se recoupaient en partie. Dans le système mis en place par la loi de 2016, la Commission de déontologie était compétente pour donner un avis sur les projets de départ des agents publics désireux d'exercer une activité privée lucrative, tandis que la Haute Autorité était chargée de se prononcer, en application des articles 20 et 23 de la loi du 11 octobre 2013, « *sur la compatibilité de l'exercice d'une activité libérale ou d'une activité rémunérée au sein d'un organisme ou d'une entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé avec des fonctions gouvernementales ou des fonctions exécutives locales énumérées au 2° du I de l'article 11 exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité* ». En principe, les personnes ainsi concernées n'étaient pas les mêmes que celles relevant de la compétence de la Commission de déontologie.

Cependant, la loi du 20 avril 2016, complétant à cette fin le premier alinéa du I de l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013, a confié à la HATVP le soin d'émettre un avis sur le départ vers le secteur privé d'un membre du Gouvernement ou d'un président d'exécutif local, y compris lorsque ces fonctions sont exercées par un agent public. La loi de 2016 a donc prévu la compétence de la Haute Autorité en cas de départ vers le secteur privé d'un agent pouvant relever de la Commission de déontologie mais ayant exercé, au cours des trois années précédentes, des fonctions le plaçant à ce titre sous le contrôle de la Haute Autorité. La Haute Autorité devait informer la Commission de déontologie dans ce cas de figure.

En outre, au nombre des personnes astreintes par l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 au dépôt d'une déclaration d'intérêts auprès de la Haute Autorité, figurent des agents publics qui relevaient par ailleurs de la Commission de déontologie, en cas de projet de départ dans le privé : c'était le cas des membres des cabinets ministériels et des collaborateurs du Président de la République, ainsi que des personnes nommées en conseil des ministres pour exercer un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement. Le projet de loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (qui deviendra la loi du 9 décembre 2016, dite loi Sapin 2) avait souhaité élargir la compétence de la Haute Autorité aux agents publics assujettis à des obligations déclaratives auprès d'elle. Mais ces dispositions avaient été censurées par le Conseil constitutionnel, au motif qu'en introduisant « *deux procédures, supposées alternatives, devant deux autorités distinctes pour contrôler l'exercice de fonctions dans le secteur privé par différentes catégories d'agents publics* », la loi avait porté atteinte à « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de*

la loi »¹⁰⁹. La loi de transformation de la fonction publique met un terme à cet enchevêtrement de compétences entre les deux institutions.

2. La suppression de la CDFP et le transfert de ses compétences à la HATVP

Les députés de la majorité et de l'opposition, ensemble, ont obligé le Gouvernement à aller beaucoup plus loin qu'il ne le voulait initialement, en décidant de supprimer la Commission de déontologie de la fonction publique et en transférant ses compétences à la HATVP, née avec les lois d'octobre 2013 pour la transparence de la vie publique. L'objectif est de centraliser entre les mains d'une seule instance nationale l'ensemble des contrôles déontologiques pesant tant sur les élus et membres du Gouvernement que sur les agents publics. Il s'agit aussi de faire peau neuve en tournant la page de la Commission de déontologie de la fonction publique et éteindre ainsi le sentiment de suspicion qu'elle entretenait dans l'opinion publique à l'égard des fonctionnaires accusés de pantoufler sans limites.

Depuis le 1^{er} février 2020, la Commission de déontologie, organisme composé de quatorze membres appartenant aux grands corps de l'État, placée auprès du Premier ministre mais rattachée administrativement à la Direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP), a donc passé le relais à la HATVP, autorité administrative indépendante. Cette dernière est désormais compétente dans les cas prévus par la loi pour contrôler les départs vers le secteur privé et les cumuls d'activités en cas de création ou de reprise d'entreprise. Elle examine, comme son prédécesseur, si l'entreprise que l'agent public envisage de créer ou l'activité privée qu'il souhaite exercer risque 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 les infractions prévues aux articles 432-12 ou 432-13 du Code pénal (prise illégale d'intérêts).

La Haute Autorité est composée d'un collège unique, à rebours de la volonté du Gouvernement de créer des formations spécialisées, l'une pour la fonction publique, l'autre pour les élus et autres responsables publics. La loi n'a donc pas opéré de fusion-absorption entre la Commission et la Haute Autorité comme on l'entend souvent : elle a plutôt fait disparaître la Commission et transféré les compétences qu'elle exerçait à la HATVP. Cette dernière, dont le

¹⁰⁹ Cons. const., décision n° 2016-741 DC du 8 déc. 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, § 145.

nom reste finalement inchangé¹¹⁰, n'est donc pas une nouvelle autorité née de la fusion avec la Commission. Le collège de la Haute Autorité est constitué de treize membres dont le nombre de personnalités qualifiées est porté de deux à six, nommées par l'Assemblée nationale, le Sénat et le Gouvernement¹¹¹. Ce dernier a dû lutter âprement avec les parlementaires pour obtenir la possibilité de nommer deux personnalités qualifiées dans ce collège.

3. Le possible transfert de certaines compétences de l'Agence française anticorruption à la HATVP : vers une Haute Autorité pour la probité ?

Dans la foulée de la création, par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, du Parquet national financier (PNF), chargé de lutter en particulier contre les affaires de fraude et d'évasion fiscales les plus complexes, la loi Sapin 2 a créé une Agence française anticorruption (AFA) – ainsi baptisée par les députés – qui remplace le Service central de prévention de la corruption (SCPC), né avec la première loi Sapin du 29 janvier 1993. De manière générale, l'Agence a pour objectif d'« *aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme* » (art. 1^{er} de la loi Sapin 2). Le statut de l'agence a été considérablement débattu au sein de la commission des lois de l'Assemblée nationale. Il s'agira finalement d'un service à compétence nationale placé auprès du ministre de la Justice et du ministre en charge du Budget, même si certains députés auraient souhaité en faire une autorité administrative indépendante.

Sa mission est de garantir l'application effective du dispositif préventif, tel qu'il résulte de l'article 17 de la loi Sapin 2, sans distinguer entre personnes privées ou publiques. En effet, aux termes de l'article 3, 3° de la loi du 9 décembre 2016, dite loi Sapin 2, l'Agence française anticorruption - AFA « *contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de*

¹¹⁰ Il a été envisagé d'introduire le terme déontologie dans le nom de la Haute Autorité qui serait devenue « *la Haute Autorité pour la transparence et la déontologie de la vie publique* ». Mais ce changement de dénomination nécessitait d'adopter une loi organique.

¹¹¹ Art. 19 de la loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique (modifié par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 - art. 35).

favoritisme ». L'Agence déduit de ces dispositions que les entités publiques ont l'obligation de mettre en œuvre un dispositif anti-corruption efficace, dont la cartographie des risques d'atteinte à la probité constitue la pierre angulaire : elle permet d'identifier, évaluer et hiérarchiser les risques au sein de l'organisation et c'est sur son fondement que sont décidées les différentes mesures à mettre en œuvre pour prévenir et détecter les atteintes à la probité. Les administrations doivent suivre scrupuleusement les recommandations que l'AFA adresse à l'ensemble des acteurs publics¹¹². L'AFA apporte également son soutien à ces derniers lors du déploiement de leur programme anticorruption, en les aidant à mettre en place les différents outils qui leur permettront de maîtriser le risque de corruption.

Paradoxalement, le rapport rendu le 7 juillet 2021 dans le cadre de la mission d'information de la commission des lois de l'Assemblée nationale portant sur l'évaluation de la loi du 9 décembre 2016 dite loi Sapin 2, par les députés Raphaël Gauvain et Olivier Marleix, a reproché à l'AFA d'avoir surinvesti sa mission de contrôle (p. 82). Il a proposé en conséquence de recentrer l'agence sur son rôle de coordination administrative et d'appui à la programmation stratégique, et de transférer à la HATVP les fonctions de conseil et de contrôle actuellement remplies par l'agence, afin de créer une grande autorité administrative indépendante compétente en matière de probité, la Haute Autorité pour la probité. L'idée d'une fusion de l'AFA et de la HATVP avait déjà été suggérée en novembre 2020 dans le rapport *Pour un droit européen de la compliance* réalisé par la Commission compliance du *think tank* Le club des juristes, présidée par l'ancien Premier ministre Bernard Cazeneuve, désormais avocat associé dans le cabinet August Debouzy (p. 9). Mais cette dernière estimait cependant une telle fusion prématurée, « *de nature à fragiliser l'AFA et la HATVP, dont la création est encore récente* » (p. 10).

Plus modestement, la proposition de loi Gauvain visant à renforcer la lutte contre la corruption¹¹³, ne fait pas disparaître l'AFA : elle ne transfère à la HATVP que les fonctions de conseil et de contrôle des acteurs publics, l'AFA conservant sa compétence en matière de conseil et de contrôle des acteurs économiques. L'agence serait ainsi chargée d'assister le Gouvernement dans la définition et la mise en œuvre de la politique de lutte contre la corruption et les autres atteintes à la probité d'une part, et d'autre part, d'aider les acteurs économiques à prévenir et à détecter ces atteintes. La Haute Autorité se verrait transférer, d'une part, l'entièreté des pouvoirs de conseil et de contrôle pour ce qui relève des dispositifs de prévention et de

¹¹² V. sur le site internet de l'AFA, la dernière version des recommandations, en date du 4 déc. 2020, p. 48 et s.

¹¹³ Proposition de loi n° 4586, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 19 oct. 2021.

détection de la corruption au sein des acteurs publics et, d'autre part, l'élaboration des recommandations destinées à permettre à ces entités de se conformer à leurs obligations. Une commission des sanctions, inspirée de celle de l'AFA, serait également créée au sein de la HATVP. Afin de consolider et clarifier les dispositions relatives au registre des représentants d'intérêts dont la gestion a été confiée par la loi Sapin 2 à la HATVP, la proposition de loi prévoit que ces derniers pourront désormais faire l'objet d'une sanction, s'ils ne respectent pas les obligations qui leur incombent. Par ailleurs, la proposition de loi adapte et renforce les obligations de conformité qui pèsent sur les acteurs publics. Sur le modèle de l'article 17 de la loi Sapin 2, qui définit le référentiel applicable aux acteurs économiques, il insère une nouvelle section dans la loi de 2013, composée d'un unique article 18-11, relatif aux acteurs publics. Le texte renvoie au pouvoir réglementaire la possibilité de moduler les obligations prévues en fonction de la nature de l'entité et de son niveau d'exposition au risque de corruption ou d'atteinte à la probité auquel elle est exposée.

Mais, l'idée de confier le contrôle des acteurs publics et des acteurs privés à deux entités distinctes risque de nuire à l'efficacité de la lutte contre la corruption. Comme le soulignent Bernard Cazeneuve et Antoine Gaudemet, « *la frontière nette tracée entre la HATVP – désormais en charge du contrôle des acteurs publics – et l'AFA – en charge de celui des acteurs privés – ne permettrait pas d'apprécier la lutte contre la corruption et pour la transparence de la vie publique dans sa globalité* »¹¹⁴.

En outre, la proposition de loi prévoit curieusement que le directeur de l'AFA ne serait plus nécessairement un magistrat de l'ordre judiciaire hors hiérarchie et que son mandat serait raccourci à seulement quatre années. Or, il paraît cependant indispensable de confier à un magistrat de l'ordre judiciaire la présidence d'une entité dont la mission est d'aider les pouvoirs publics à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Comme le suggèrent Bernard Cazeneuve et Antoine Gaudemet, « *le sentiment demeure, après lecture de la proposition de loi Gauvain, que l'AFA et son directeur font l'objet d'une certaine suspicion, dont les motivations n'apparaissent pas clairement* »¹¹⁵. Ils estiment qu'en agissant de la sorte, « *le législateur prendrait le risque d'engager un dangereux débat sur l'indépendance dont l'AFA disposera à l'avenir* »¹¹⁶. La France a en effet, grâce à la loi Sapin 2, réussi à gagner la

¹¹⁴ B. Cazeneuve et A. Gaudemet, « Lutte anti-corruption : diviser pour moins bien régner ? », *L'opinion*, tribune libre, 5 nov. 2021.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

confiance des instances de poursuite étrangères. Ainsi le *Department of Justice* a-t-il accepté de faire une application extraterritoriale moins systématique de la législation américaine anticorruption, au motif qu'un dispositif robuste existait désormais en France. La proposition de loi Gauvain nécessite donc sinon d'être ajournée, au moins profondément modifiée.

B. La déconcentration des contrôles déontologiques

La loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 a établi un double système de contrôle : les agents les plus exposés au risque déontologique, qui souhaitent quitter le secteur public, restent soumis à un contrôle préalable systématique de la Haute Autorité (1). En revanche, pour tous les autres, soit l'immense majorité, le contrôle est exercé sur place par l'autorité hiérarchique et le cas échéant, le référent déontologue (2).

1. Un contrôle systématique de la Haute Autorité pour les agents les plus exposés au risque pénal et déontologique

Avec la loi du 20 avril 2016, la Commission de déontologie était systématiquement saisie de tous les projets des agents publics de création d'entreprise ou de départ vers le secteur privé. Avec la loi TFP du 6 août 2019, la HATVP voit 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* ».

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 tous les emplois soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts. 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 la fonction publique territoriale, le directeur général des services et le directeur général adjoint des services des régions et des départements ; le 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 ; dans la fonction publique hospitalière, 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.

2. Un système de contrôle déconcentré pour la majorité des agents

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.

Ce système de contrôle déconcentré présente incontestablement un risque important, à savoir que des autorités hiérarchiques complaisantes décident de ne saisir ni le référent déontologue, ni la HATVP. Certains y voient « *un contrôle allégé* » et « *promettent « un retour au pénal (...) douloureux* »¹¹⁷. Toutefois, la possibilité d'échapper, de fait, à tout contrôle déontologique, existait déjà dans l'ancien système : complètement débordée par le nombre de saisines concernant des départs vers le secteur privé et des créations d'entreprises, la Commission de déontologie de la fonction publique rendait bien souvent un avis de compatibilité tacite : en 2018, sur 7695 saisines, la Commission a rendu 3196 avis exprès, et

¹¹⁷ Jean-Pierre D., « Pantouflage et déontologie dans la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique », *JCP A* 2019, 2275.

donc 4499 avis tacites¹¹⁸. Le nombre de saisines de la Commission s'élevait à 9080 en 2019 contre 7695 en 2018, soit 18 % de plus¹¹⁹. Le double filtrage opéré par l'autorité hiérarchique et le référent déontologue peut permettre une analyse plus systématique et approfondie des situations individuelles. Il est vrai que le système reste tributaire de la bonne volonté de l'autorité hiérarchique, qui pourrait par paresse, ignorance, ou par complaisance avec l'agent, ne pas transmettre au référent déontologue un dossier individuel présentant un risque déontologique sérieux. La loi a toutefois institué quelques garde-fous afin de renforcer la portée des contrôles déontologiques.

C. La portée des contrôles déontologiques renforcée

La loi de transformation de la fonction publique a innové en instituant un contrôle déontologique préalable au retour d'un agent public après avoir effectué une mobilité (le « rétro-pantouflage »), ou le recrutement d'un agent issu du secteur privé (1). Par ailleurs, la loi a renforcé les prérogatives dont disposent la Haute Autorité pour mener à bien ses contrôles (2).

1. Une innovation essentielle : le contrôle du rétro-pantouflage

L'une des innovations les plus intéressantes de la loi du 6 août 2019 en matière de déontologie réside dans le contrôle préventif instauré en cas de retour d'un agent dans la fonction publique après avoir effectué une mobilité, ou du recrutement d'une personne venant du secteur privé¹²⁰. Le contrôle du rétro-pantouflage concerne donc tant les fonctionnaires de retour de détachement ou de disponibilité que les contractuels recrutés venant du secteur privé. La proposition figurait déjà dans le rapport d'information sur la déontologie des fonctionnaires des députés Fabien Matras et Olivier Marleix¹²¹.

Là encore, la loi a mis en place un contrôle systématique par la HATVP pour les nominations sur des emplois à fort risque déontologique. Aux termes de l'article 25 *octies* V de la loi du 13 juillet 1983 modifié, la Haute Autorité est systématiquement saisie par l'autorité hiérarchique ou, à défaut, par la personne concernée, lorsqu'il est envisagé de nommer une

¹¹⁸ Rapport d'activité 2018 de la Commission de déontologie de la fonction publique, p. 7.

¹¹⁹ Rapport d'activité 2019 de la Commission de déontologie de la fonction publique, p. 8.

¹²⁰ Art. 25 *octies* modifié de la loi du 13 juil. 1983.

¹²¹ Matras F. et Marleix O., Rapport d'information AN n° 611 du 31 janv. 2018 sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts.

personne qui exerce ou a exercé au cours des trois dernières années une activité privée lucrative à un emploi relevant de l'une des catégories suivantes :

1° Les emplois de directeur d'administration centrale ou de dirigeant d'un établissement public de l'État dont la nomination relève d'un décret en Conseil des ministres ;

2° Les emplois de directeur général des services des régions, des départements, des communes de plus de 40 000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants ;

3° Les emplois de directeur d'établissements publics hospitaliers dotés d'un budget de plus de 200 millions d'euros.

En dehors de ces emplois soumis à un contrôle systématique, la Haute Autorité peut également être saisie par une autorité hiérarchique préalablement à la nomination d'une personne issue du secteur privé sur les emplois « *dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'État* ». Lorsque l'autorité hiérarchique dont relève l'un de ces emplois a un doute sérieux sur la compatibilité avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant l'entrée en fonction par la personne dont la nomination est envisagée, elle saisit pour avis, préalablement à sa décision, le référent déontologue. Lorsque l'avis de ce dernier ne permet pas de lever ce doute, l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité. En revanche, cette dernière ne peut alors être directement saisie par la personne concernée. Le délai prévu par le décret du 30 janvier 2020 pour l'exercice du contrôle préalable à la nomination est bref : la Haute Autorité rend son avis dans un délai de quinze jours à compter de l'enregistrement de la saisine par l'autorité hiérarchique dont relève l'emploi.

Le contrôle déontologique opéré par l'autorité hiérarchique, et le cas échéant, le référent déontologue puis la Haute Autorité, ne porte pas sur la nomination préalable à n'importe quel emploi public mais uniquement ceux pour lesquels l'agent soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts. Il y a donc une asymétrie difficile à justifier entre le contrôle des départs vers le secteur privé et des créations d'entreprise, qui concerne tous les agents quel que soit l'emploi qu'ils occupent, et le contrôle préalable à la nomination, qui ne concerne que certains emplois considérés comme exposés à un risque déontologique élevé. Le champ des emplois pour lesquels doit être effectué un contrôle déontologique préalable à la nomination d'une personne venant du secteur privé mériterait d'être sensiblement élargi.

✓ Proposition n° 1

Élargir le champ des emplois pour lesquels doit être effectué un contrôle déontologique préalable à la nomination d'une personne venant du secteur privé.

2. Les nouvelles prérogatives de la HATVP

Les prérogatives de la Haute Autorité sont, *grosso modo*, celles dont la Commission de déontologie avait été investie par la loi du 20 avril 2016. La loi de transformation de la fonction publique renforce tout de même certaines prérogatives de la HATVP afin de renforcer l'efficacité de ses contrôles.

Autosaisine.- Le pouvoir d'autosaisine avait été accordé à la Commission de déontologie en 2009 suite à l'affaire *Pérol (supra)*. Encore faut-il que la Commission soit informée à temps d'une telle situation. Désormais, la Haute Autorité pourra se saisir, à l'initiative de son président, dans un délai de trois mois, soit à compter de la création ou de la reprise par un fonctionnaire d'une entreprise ou du début de l'activité de l'intéressé dans le secteur public ou privé, comme pouvait déjà le faire la Commission de déontologie, soit à compter du jour où le président a eu connaissance d'un défaut de saisine préalable de la Haute Autorité, ce que ne pouvait faire dans cette dernière hypothèse la Commission de déontologie. Cette mesure renforce ainsi considérablement l'intérêt de l'auto-saisine : la Haute Autorité pourra y avoir recours quand elle prend connaissance dans les médias d'une nouvelle affaire de pantouflage ou de rétro-pantouflage impliquant un haut fonctionnaire.

Pouvoirs d'investigation.- La Haute Autorité peut demander au fonctionnaire ou à l'autorité dont il relève ou dans lesquels il a été précédemment détaché ou a exercé des fonctions toute information ou tout document nécessaires à l'exercice de ses missions. Elle peut également recueillir toute information utile auprès des personnes publiques et privées. Pour renforcer ses pouvoirs d'investigation, la loi de transformation de la fonction publique a prévu que « *la Haute Autorité peut rendre un avis d'incompatibilité lorsqu'elle estime ne pas avoir obtenu de la personne concernée les informations nécessaires* ».

Publicité des avis.- Au terme de la procédure, la Haute Autorité rend, à l'instar de l'ancienne Commission de déontologie, soit un avis de compatibilité, soit de compatibilité avec réserves, ou bien encore d'incompatibilité. L'amendement adopté par la commission des lois de l'Assemblée nationale, imposant la publicité des avis rendus par la Haute Autorité au titre de ses fonctions de contrôle déontologique des agents publics, à condition que les agents aient effectivement pris le poste ayant fait l'objet du contrôle de compatibilité, n'a finalement pas vu

le jour. La Haute Autorité pourra décider de rendre publics les avis rendus, après avoir recueilli les observations de l'agent concerné. La Commission de déontologie avait déjà cette possibilité, qu'elle n'avait utilisée qu'avec parcimonie : elle n'a publié qu'un seul avis relatif à l'ancien collaborateur du président de la République ayant rejoint une société de sécurité, Alexandre Benalla¹²²... Les dispositions de l'article 25 *octies* X, issues de la loi de transformation de la fonction publique, prévoient désormais que « la Haute Autorité peut rendre publics les avis rendus, après avoir recueilli les observations de l'agent concerné ». La loi ne limite heureusement plus la publicité aux seuls avis d'incompatibilité ou de compatibilité avec réserve : les avis de compatibilité sont également très utiles aux référents déontologues, qui ont besoin d'une base complète de jurisprudence à laquelle se référer pour prendre position sur les cas dont ils sont saisis.

La Haute Autorité a su rompre, du moins dans une certaine mesure, avec la culture du secret qui entoure la pratique du pantouflage dans la fonction publique. Au 31 janvier 2022, on dénombre 71 avis publiés sur le site de la Haute Autorité concernant les agents publics, portant aussi bien sur le contrôle préalable au départ vers le secteur privé, la création d'entreprise en cumul avec les fonctions publiques ou la nomination d'une personne venant du secteur privé. La décision de publier les avis, qui relève du collège de la Haute Autorité, prend en compte plusieurs critères tels que l'importance des fonctions publiques exercées et l'intérêt doctrinal de certaines décisions¹²³. Malheureusement, la plupart de ces avis ne sont pas publiés *in extenso* mais sous forme de résumés. Il est cependant indispensable, notamment pour les référents déontologues chargés d'éclairer les autorités hiérarchiques au sein des administrations que la Haute Autorité publie, après les avoir anonymisés, les avis dans leur intégralité. Il pourrait au moins être envisagé de donner accès aux seuls référents déontologues à la base de données des avis. Il est également nécessaire de créer un moteur de recherche permettant de retrouver les avis de la HATVP grâce à des mots-clefs.

✓ *Proposition n° 2*

Développer l'accès, au moins pour les référents déontologues, aux avis rendus par la HATVP concernant les projets de départ vers le secteur privé ou de création d'entreprise des agents publics ou la nomination de personnes venant du secteur privé. Privilégier une

¹²² Commission de déontologie, avis, 14 mars 2019, n° 19E1178, M. Alexandre B. : avis de compatibilité sous réserve.

¹²³ HATVP, rapport d'activité 2020, p. 30.

publication *in extenso*, et non sous forme de résumé. Créer un moteur de recherche permettant d'avoir accès aux avis de la HATVP grâce à des mots-clefs.

Sanctions du non-respect des avis.- Les sanctions attachées au non-respect des avis de compatibilité avec réserves ou des avis d'incompatibilité sont les mêmes. Des sanctions disciplinaires peuvent être prises ; elles peuvent être accompagnées d'une retenue sur pension de 20 % lorsque le fonctionnaire concerné est retraité. Si l'agent est parti dans le secteur privé, la loi prévoit que le contrat prend fin sans préavis ni indemnité, ce qui pose problème, soulevé en séance publique par le député Olivier Marleix¹²⁴, lorsque l'agent part travailler à l'étranger. S'agissant du contrôle préalable au recrutement dans la fonction publique, la loi de transformation de la fonction publique a prévu que « *l'administration ne peut procéder au recrutement de l'agent contractuel intéressé au cours des trois années suivant la date de notification de l'avis rendu par la Haute Autorité* » (art. 25 *octies* X de la loi du 13 juil. 1983). La loi a introduit une petite nouveauté : l'article 25 *octies* X prévoit expressément que les avis de la Haute Autorité « *sont notifiés à l'administration, à l'agent et à l'entreprise ou à l'organisme de droit privé d'accueil de l'agent* ». Les députés n'ont pas obtenu la création de sanctions pénales supplémentaires, alors que les intéressés qui ne transmettent pas leurs déclarations d'intérêts et – ou – de patrimoine à la HATVP s'exposent à des peines de trois ans de prison et 45 000 euros d'amende dans le premier cas, et d'un an de prison et 15 000 euros d'amende dans le second, comme le prévoit l'article 25 *sexies* de la loi de 1983. Évidemment, si l'intéressé se trouve, du fait du non-respect de l'avis de la HATVP, en situation de prise illégale d'intérêts, il s'expose aux sanctions pénales prévues par l'article 432-13 du Code pénal, soit trois ans de prison et 200 000 euros d'amende. Jusqu'ici, le risque pénal était largement virtuel : très peu de poursuites (une dizaine) ont été engagées sur le fondement de ces dispositions et elles concernaient essentiellement des élus locaux. On peut espérer que le nouveau système, visant à rendre le contrôle de la Haute Autorité plus effectif, conduira à multiplier les poursuites pénales pour prise illégale d'intérêts.

Suivi des réserves.- La loi de transformation de la fonction publique a introduit à l'article 25 *octies* XII, de nouvelles dispositions visant à assurer le suivi des réserves émises par la Haute Autorité, qui peut, par exemple, interdire à un agent parti dans le privé, de prendre contact à titre professionnel avec ses anciens collègues ou les entreprises avec lesquelles il était

¹²⁴ V. le compte-rendu intégral de la deuxième séance du vendredi 17 mai 2019. <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2018-2019/20190238.asp#P1723472>

en lien dans le cadre de ses fonctions administratives. Aux termes de ces dispositions, « *durant les trois années qui suivent le début de l'activité privée lucrative ou la nomination à un emploi public, l'agent qui a fait l'objet d'un avis rendu en application des 3° à 5° du II fournit, à la demande de la Haute Autorité, toute explication ou tout document pour justifier qu'il respecte cet avis. /En l'absence de réponse, la Haute Autorité met en demeure l'agent de répondre dans un délai de deux mois. /Lorsqu'elle n'a pas obtenu les informations nécessaires ou qu'elle constate que son avis n'a pas été respecté, la Haute Autorité informe l'autorité dont relève l'agent dans son corps ou cadre d'emplois d'origine pour permettre la mise en œuvre de poursuites disciplinaires. Elle peut publier le résultat de ses contrôles et, le cas échéant, les observations écrites de l'agent concerné* ». Potentiellement, ces dispositions peuvent permettre à la Haute Autorité d'asseoir son autorité et sa légitimité, en s'assurant que les réserves qu'elle émet ne restent pas lettre morte. Pour ce faire, l'institution aura besoin de moyens humains et financiers conséquents, dont il n'est pas fait état dans la loi de transformation de la fonction publique.

Le système mis en place par le législateur doit permettre à la Haute Autorité de contrôler uniquement les cas présentant un risque déontologique élevé. Le double filtrage opéré par l'autorité hiérarchique et le référent déontologue permet une analyse plus systématique et approfondie des situations individuelles. Il est vrai que le système reste tributaire de la bonne volonté de l'autorité hiérarchique, qui pourrait par paresse, ignorance, ou complaisance avec l'agent, ne pas transmettre au référent déontologue un dossier individuel présentant un risque déontologique sérieux. L'efficacité du système dépendra évidemment des moyens humains et matériels accordés à la Haute Autorité mais aussi du dynamisme de l'institution et de sa capacité à mobiliser le réseau des référents déontologues, afin de diffuser la culture déontologique au sein de la fonction publique.

Section 2. La mise en place des référents déontologues

Le décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique a laissé aux administrations une grande liberté dans la mise en place des référents déontologues, ce qui se traduit par la grande hétérogénéité de ces derniers : les fonctions de référent déontologue peuvent être confiées à des collègues ou à des personnes agissant seules, fonctionnaires, magistrats, avocats, en activité ou à la retraite. Cette hétérogénéité doit être canalisée par l'institution d'un ou plusieurs réseaux permettant aux référents déontologues d'échanger entre eux sur les cas délicats ou inédits dont ils sont saisis et d'harmoniser leurs positions respectives (§ 1).

Les missions du référent déontologue sont plurielles. Il est d'abord l'interlocuteur des agents publics, auxquels il est chargé d'apporter tout conseil utile au respect de leurs obligations professionnelles. Depuis la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019, il intervient dans le contrôle déontologique préalable aux projets de création d'entreprise ou de départ vers le secteur privé des agents publics ou à la nomination d'une personne issue du secteur privé : il peut désormais être sollicité par une autorité hiérarchique, avant une éventuelle saisine de la HATVP. Enfin, le référent déontologue exerce un rôle d'accompagnement en matière d'alerte et de signalement (§ 2).

§ 1. L'hétérogénéité des référents déontologues

Les fonctions de référent déontologue peuvent être confiées à une ou plusieurs personnes, agissant de manière collégiale ou seules, qui, généralement – mais pas systématiquement – appartiennent ou ont appartenu à la fonction publique ou à la magistrature judiciaire, en activité ou à la retraite (A). Quelle que soit la solution retenue, afin d'assurer l'autorité et la crédibilité de l'institution, il est impératif, en dépit du silence des textes à ce sujet, de choisir des personnes dotées d'une certaine autorité de par les fonctions qu'elles exercent et disposant de connaissances suffisantes pour répondre aux questions qui leur sont posées (B). Enfin, les

référents déontologues ne doivent pas exercer leurs missions de manière totalement solitaire mais être intégrés dans un réseau qui les fédère (C).

A. Le choix de la structure : collègue ou personne unique

Le décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique laisse une grande marge de manœuvre aux collectivités pour le choix du référent déontologue. Selon l'article 2 de ce texte, « *les missions de référent déontologue peuvent, selon les cas, être assurées par :*

1° Une ou plusieurs personnes qui relèvent ou ont relevé de l'administration, de l'autorité, de la collectivité territoriale ou de l'établissement public concerné ;

2° Un collège dont la composition et les attributions sont fixées par un arrêté du chef de service. Ce collège peut comprendre des personnalités qualifiées extérieures à l'administration concernée ou à la fonction publique. Lorsqu'il est procédé au remplacement d'un membre du collège, la désignation intervient pour la durée des fonctions restant à courir de ce membre. Le collège adopte un règlement intérieur précisant son organisation et son fonctionnement ;

3° Une ou plusieurs personnes relevant d'une autre autorité mentionnée au 1° que celle dans laquelle le référent est désigné. »

Le décret ne précise pas pour quelle durée les référents déontologues sont désignés, laissant au chef de service le soin d'en décider. Son article 2 précise toutefois, *in fine*, que la durée déterminée par le chef de service « *ne peut être modifiée qu'avec leur accord exprès* ».

L'article 4 indique quelle est l'autorité compétente, au sein de chaque versant de la fonction publique, pour désigner le référent déontologue. S'agissant de la fonction publique d'État, « *le référent déontologue est désigné par le chef de service au sein ou à l'extérieur de leur service* ». Dans la fonction publique territoriale, le référent déontologue « *est désigné par l'autorité territoriale, à l'exception des collectivités territoriales et établissements publics affiliés à titre obligatoire ou volontaire à un centre de gestion où il est désigné par le président du centre de gestion* » (art. 4, 4^e al.). Dans les établissements publics hospitaliers, il est désigné par l'autorité investie du pouvoir de nomination.

Vaut-il mieux désigner une personne unique plutôt qu'un collège ? La collégialité présente des atouts indéniables. Elle est un gage de qualité de la réponse donnée à l'agent. Parmi les instances déontologiques qui se sont multipliées ces dernières années, la formule du collège de déontologie connaît un vif succès. Il en existe un pour chacune des trois magistratures,

administrative, financière et judiciaire, ainsi que pour les juges des tribunaux de commerce. Si l'Assemblée nationale s'est attachée les services d'un Déontologue depuis 2011, le Sénat avait fait le choix, en 2009, d'un comité de déontologie, composé, outre son Président, d'un sénateur issu de chaque groupe politique, quelle que soit son importance numérique¹²⁵. Dans le champ de l'éducation nationale, l'académie de Créteil s'est également dotée, en 2016, d'un comité de déontologie professionnelle. Mais la désignation d'une personne unique plutôt qu'un collège d'experts présente elle aussi des avantages certains : elle permet d'apporter aux agents des réponses de manière plus informelle, donc bien plus rapidement et plus discrètement. Ceux-ci osent plus facilement se tourner vers une personne agissant seule, que vers un collège.

S'agissant des référents déontologues nommés en application de l'article 28 *bis* de la loi de 1983, les pratiques sont diverses au sein des trois versants de la fonction publique.

1. Fonction publique d'État

En ce qui concerne la fonction publique d'État, d'après le rapport sur le projet de loi de transformation de la fonction publique présenté par la députée Emilie Chalas le 3 mai 2019¹²⁶, *« un référent déontologue a été nommé dans chaque département ministériel, à l'exception du ministère de la Justice, en cours de nomination, soit onze référents déontologues nommés pour un total de douze. Parmi eux, sept ont été organisés sous la forme d'un collège de déontologie »*.

Depuis, un collège de déontologie du ministère de la justice a été créé par arrêté de la garde des sceaux, ministre de la justice du 29 octobre 2019¹²⁷. Présidé par un magistrat de l'ordre judiciaire, nommé par le ministre de la justice, il comprend, outre son président, 7 membres, nommés pour trois ans : 4 personnalités qualifiées, dont une exerçant ou ayant exercé dans un service du ministère de la justice et les trois autres appartenant ou ayant appartenu au corps des magistrats de l'ordre judiciaire ou étant ou ayant été membres de la juridiction administrative ; trois agents choisis au regard de leurs compétences métiers exerçant ou ayant

¹²⁵ Afin de conforter son caractère transpartisan, son Président est choisi parmi le principal groupe majoritaire, tandis que le Vice-président est le membre issu du principal groupe d'opposition.

¹²⁶ Rapport sur le projet de loi de transformation de la fonction publique n° 1802, enregistré à la présidence de l'AN le 3 mai 2019, par E. Chalas.

¹²⁷ Arrêté du 29 oct. 2019 relatif à la création, à la composition et aux attributions du collège de déontologie au ministère de la justice.

exercé des fonctions dans une juridiction judiciaire, un service déconcentré du ministère de la justice, ou un établissement public placé sous la tutelle du ministère de la justice¹²⁸.

Le ministère chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche a lui aussi fait le choix de désigner un collège de déontologie, composé d'un membre du Conseil d'État proposé par le vice-président du Conseil d'État, président du collège, du président du Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur et de personnalités qualifiées au regard de leurs compétences dans les différentes disciplines de l'enseignement supérieur¹²⁹. Les membres de ce collège sont nommés par arrêté du ministre chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche pour une durée de trois ans, renouvelable une fois. Il ne peut être mis fin à leur mandat qu'avec leur accord exprès. Le collège est actuellement présidé par le conseiller d'État Bernard Stirn¹³⁰. L'arrêté du 1^{er} mars 2018 relatif à sa création mentionne, parmi ses missions, celle de répondre aux questions posées par les référents déontologues institués dans chaque établissement public relevant du ministère chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche, en cas de difficultés particulières dans le traitement d'un dossier.

Le ministère de l'éducation nationale a également mis en place un collège, composé d'un membre du Conseil d'État proposé par le vice-président du Conseil d'État, président du collège, et de trois inspecteurs généraux de l'éducation, du sport et de la recherche¹³¹, tout comme le Ministère de la culture¹³², le Ministère de l'environnement¹³³ et celui de l'agriculture¹³⁴. Les ministères des affaires sociales se sont dotés d'un « *Comité de déontologie* »¹³⁵.

À l'inverse, d'autres ministères ont fait le choix, non pas d'un collège ou comité, mais d'un référent déontologue ministériel. Tel est le cas des ministères économiques et financiers

¹²⁸ Arrêté du 3 mars 2020 portant nomination des membres du collège de déontologie au ministère de la justice. Le président du collège de déontologie est actuellement M. F. FELTZ, premier avocat général honoraire à la Cour de cassation.

¹²⁹ Arrêté du 1^{er} mars 2018 relatif au collège de déontologie au sein du ministère chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche.

¹³⁰ Arrêté du 16 mai 2018 portant nomination des membres du collège de déontologie au sein du ministère chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche.

¹³¹ Arrêté du 5 avril 2018 relatif au collège de déontologie au sein du ministère chargé de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports.

¹³² Arrêté du 10 avril 2018 relatif à la création, à la composition et aux attributions du collège de déontologie du ministère de la culture

¹³³ Arrêté du 28 déc. 2017 relatif à la fonction de référent déontologue au sein du ministère de la transition écologique et solidaire et du ministère de la cohésion des territoires.

¹³⁴ Arrêté du 14 juin 2018 relatif à la fonction de référent déontologue au sein du ministère de l'agriculture et de l'alimentation.

¹³⁵ Arrêté du 9 mai 2017 relatif à la fonction de référent déontologue au sein des ministères chargés des affaires sociales et portant création, attributions et fonctionnement du comité de déontologie des ministères sociaux.

qui ont nommé un référent déontologue ministériel placé auprès du secrétaire général des ministères économiques et financiers et qui est chargé d'animer et coordonner l'action des référents déontologues directionnels, placés à la tête de chaque direction, service, établissement public ou autorité administrative indépendante relevant d'un programme budgétaire des ministères économiques et financiers ¹³⁶.

De la même façon, aux termes d'un arrêté du 16 novembre 2018¹³⁷, « *au sein du ministère de l'intérieur et du ministère chargé de l'outre-mer, la fonction de référent déontologue est assurée par un référent déontologue ministériel placé auprès des ministres et des référents déontologues placés auprès du secrétaire général, du chef de l'inspection générale de l'administration, du directeur général de la police nationale, du directeur général de la sécurité intérieure et du directeur général de la gendarmerie nationale* » (art. 1). C'est au conseiller d'État Christian Vigouroux que la fonction de référent déontologue ministériel auprès du ministère de l'intérieur a été confiée (arrêté du 1^{er} juin 2018). En outre, « *les référents déontologues s'appuient sur des correspondants déontologues, désignés à des niveaux adaptés à l'organisation de chacun des services du ministère de l'intérieur et du ministère chargé de l'outre-mer* » (art. 2).

De même, un référent déontologue a été institué auprès du Premier ministre comme auprès du secrétaire général du ministère de l'Europe et des affaires étrangères¹³⁸. Au sein du ministère des armées, un référent déontologue ministériel est chargé d'animer le réseau de déontologues militaires et civils.

2. Fonction publique territoriale

Dans la fonction publique territoriale, de nombreuses collectivités ont recours au référent déontologue désigné par leur centre de gestion, conformément à l'article 4 du décret de 2017 relatif au référent déontologue.

Certains centres de gestion ont choisi de mettre en place un organe collégial. C'est le cas notamment des centres de gestion de la fonction publique territoriale du Doubs (25), du Jura (39), du Bas-Rhin (67), du Haut-Rhin (68) et du Territoire de Belfort (90), qui ont constitué un collège de trois membres, magistrats administratifs, secondés par une assistante chargée

¹³⁶ Arrêté du 21 janv. 2019 portant application dans les ministères économiques et financiers du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique.

¹³⁷ Arrêté du 16 nov. 2018 relatif à la fonction de référent déontologue au sein du ministère de l'intérieur et du ministère chargé de l'outre-mer

¹³⁸ Arrêté du 4 sept. 2017 relatif au référent déontologue du ministère des affaires étrangères

notamment d'organiser le fonctionnement de la collégialité. Le Centre de gestion du Vaucluse (84) a également désigné un collège d'experts de trois personnes, constitué d'un magistrat de l'ordre administratif, d'une avocate en droit public et d'un fonctionnaire de l'administration préfectorale. Les Centres de Gestion de la Creuse (CDG 23), de la Haute-Vienne (CDG 87) et de la Corrèze (CDG 19) ont choisi un collège commun mutualisé composé de deux membres : Hélène Pauliat, professeure de droit public et Bernard Foucher, conseiller d'État honoraire. Le CDG 59 a également mis en place un collège présidé par Johanne Saison, professeure de droit public à l'Université de Lille et composé en outre de deux agents du centre de gestion, tout comme le CDG 83, dont le collège est composé d'un avocat honoraire et ancien bâtonnier, Me Jean-Pierre Tramutolo, d'un ancien magistrat exerçant à titre temporaire et directeur de cabinet, Alain Sobrero et d'un directeur général des services d'une collectivité, Richard Bouisson, assistés de Sophie Delpierre, responsable du services des Affaires juridiques du CDG 83 et rapporteure du collège.

D'autres centres de gestion ont, au contraire, préféré confier les fonctions de référent déontologue à une seule personne : un magistrat ou un magistrat honoraire de l'ordre judiciaire (Jacques Calmettes, CDG 13) ou administratif (Henri Dubreuil, CDG 63) ; un universitaire spécialiste de droit public, professeur des universités (Emmanuel Aubin pour les CDG 16, 17, 79 et 86 ; Christian Garbar, professeur émérite et référent déontologue pour le CDG 37) ou maître de conférences (Elise Untermaier-Kerléo, désignée par CDG 69, qui a mutualisé les fonctions de référent déontologue avec les CDG 15, 26, 38, 43 ; Maryline Grange, désignée par CDG 42 ; Annie Fitte-Duval, désignée par le CDG 64 ; Julie Dupont-Lassalle pour le CDG de l'île de la Réunion) ; un administrateur territorial et ancien magistrat financier (Claude Beaufiles, qui exerce les fonctions pour les CDG 09, 11, 31, 46, 48, 81, 82) ; un agent exerçant par ailleurs les fonctions de juriste au sein du centre de gestion (CIG Petite couronne, CDG 80).

Parfois, deux personnes sont nommées et sont saisies alternativement en fonction de leurs disponibilités, après instruction de la demande par un agent du centre de gestion (CDG 74, CDG 01 : un agent à la retraite, ancien président de centre de gestion et un magistrat ; CDG 76).

De manière assez contestable, il arrive fréquemment que l'identité de la personne (ou des personnes) qui assurent les fonctions de référent déontologue ne soit pas rendue publique : les agents envoient alors leur demande par courriel à une adresse électronique générique ou par un courrier postal « à l'attention du référent déontologue ». Cette opacité ne peut que nuire à l'établissement d'une relation de confiance entre l'agent et son référent.

Enfin, certaines collectivités ont préféré désigner leur propre référent déontologue. La ville de Paris s'est ainsi dotée d'une référente déontologue centrale, dont l'action est relayée par des référents déontologues nommés au sein de chaque direction ou établissement public dépendant de la ville. C'est le cas aussi de la Métropole européenne de Lille (MEL) qui a confié les fonctions de référent déontologue à un administrateur territorial, également référent alerte et chargé de médiation et d'enquêtes administratives, ou encore du Département du Rhône. Mais toutes les collectivités de grande taille ne font pas ce choix de nommer leur référent déontologue : certaines préfèrent externaliser la fonction et ont recours au référent désigné par le centre de gestion, comme la ville de Lyon, la Métropole de Lyon ou la région Auvergne-Rhône-Alpes.

3. Fonction publique hospitalière

Au sein de la fonction publique hospitalière, l'AP-HP de Paris s'est dotée d'un collège de déontologie de 7 membres, présidé par un conseiller d'État et comprenant, outre son président, 7 membres : un magistrat de l'ordre judiciaire, vice-président ; un professeur des universités - praticien hospitalier ; un praticien hospitalier ; un directeur d'hôpital ; un cadre supérieur de santé ; un universitaire spécialisé en droit ; un juriste spécialisé dans la valorisation de la recherche publique¹³⁹. De même, les Hospices civils de Lyon se sont dotés d'un collège de déontologie présidé par un magistrat administratif honoraire et composé également d'un directeur d'hôpital honoraire, d'un cadre supérieur de santé, d'un praticien hospitalier honoraire et d'un professeur des universités – praticien hospitalier honoraire¹⁴⁰.

D'après le rapport d'activité pour 2020 de la HATVP, les petites structures hospitalières en particulier rencontrent des difficultés à nommer un référent déontologue en interne par manque de moyens et de personnel qualifié pour exercer ces fonctions. Ainsi la Haute Autorité rappelle-t-elle à cet égard que le référent déontologue peut être une personne extérieure à l'établissement et que plusieurs établissements peuvent mutualiser la fonction de référent déontologue.

¹³⁹ Arrêté du Directeur Général de l'AP-HP relatif à la composition et aux attributions du collège de déontologie de l'AP-HP.

¹⁴⁰ Décision du directeur général des affaires juridique des HCL n° 21/104 du 6 mai 2021 portant désignation des membres du collège de déontologie exerçant les fonctions de référent déontologue des HCL.

B. Le choix des personnes : le nécessaire respect de certaines conditions dans le silence des textes

Dans le silence du décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique, particulièrement laconique, il importe de désigner des personnes possédant de solides connaissances juridiques (1), à un niveau garantissant l'exercice effectif de ses missions (2) et de lui conférer des moyens humains, financiers et matériels suffisants (3).

1. Des fonctions nécessitant de solides connaissances juridiques

Selon l'article 3 du décret de 2017, « à l'exception des personnalités qualifiées extérieures à la fonction publique, les référents déontologues mentionnés à l'article 2 sont choisis parmi les magistrats et fonctionnaires, en activité ou retraités, ou parmi les agents contractuels bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée ».

On ne peut que regretter que la réglementation n'exige pas que le référent déontologue soit choisi pour ses compétences juridiques et n'impose même pas de formation adaptée à son profil. Certes, la déontologie n'est pas entièrement soluble dans le droit. Les réponses du référent déontologue ne se limitent pas à l'énoncé du droit applicable : la dimension déontologique dépasse le plan strictement juridique. Le fait de bien connaître l'univers administratif et d'exercer ou d'avoir exercé des fonctions de responsabilité constitue également un outil indéniable. Mais il est indispensable de nommer un agent suffisamment qualifié pour être en mesure d'acquérir les connaissances juridiques nécessaires à l'exercice des missions de référent déontologue : il est indispensable de bien connaître les fondements du droit public, et plus particulièrement du droit administratif et du droit de la fonction publique, pour être en mesure de maîtriser rapidement le régime complexe encadrant le cumul d'activités et les départs vers le secteur privé des agents publics. À cet égard, on peut se réjouir du fait que le décret n° 2021-1802 du 23 décembre 2021 relatif au référent laïcité dans la fonction publique, pris pour l'application des dispositions de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République qui ont consacré l'existence d'un référent laïcité, prévoit que celui-ci bénéficie d'une « formation adaptée » à ses missions et à son profil (art. 3).

En pratique, les administrations ont spontanément pris soin de choisir des personnes disposant de solides connaissances juridiques : universitaires spécialistes de droit public, magistrats en activité ou honoraires, juristes de collectivités. Certains arrêtés relatifs à la fonction de référent déontologue dans telle ou telle administration exigent expressément que les agents qui se voient doter de telles fonctions aient un certain niveau de responsabilité. Par

exemple, l'arrêté du 21 janvier 2019 portant application dans les ministères économiques et financiers du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique précise que « *le référent déontologue directionnel (...) doit être un agent de catégorie A et si possible occuper ou avoir occupé des fonctions au moins de niveau équivalent à celles de chef de bureau* » (art. 3).

2. La désignation d'une personne à un niveau permettant l'exercice effectif de ses missions

Le premier alinéa de l'article 4 du décret de 2017 se contente d'énoncer que « *le référent déontologue est désigné à un niveau permettant l'exercice effectif de ses missions* », sans préciser ce qu'il faut entendre par là. Par ailleurs, le référent déontologue est soumis à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts sur le fondement de l'article 5 du 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.

Le décret de 2017 n'impose pas d'externaliser la fonction de référent déontologue. Pourtant, le fait que celui-ci soit extérieur aux services dont relèvent les agents qui le sollicitent, constitue un atout majeur pour l'exercice de ses missions. Cette extériorité garantit en effet son impartialité ainsi que la confidentialité de la saisine. Le référent déontologue apparaît ainsi comme un tiers neutre aux yeux des agents comme des administrations, collectivités et établissements qui les emploient, à même de formuler une réponse juridique et déontologique sans parti pris. Les agents le saisissent sans craindre que les informations qu'ils lui confient soient rapportées à leur employeur. Au contraire, lorsque le référent déontologue appartient à l'administration qui lui a confié ses fonctions, les agents se sentent moins en confiance. Le référent déontologue interne à l'administration peut lui-même avoir des difficultés à respecter l'obligation de confidentialité s'il est saisi à la fois par un agent et sa hiérarchie. Il est alors impératif de rassurer les agents en précisant que leur saisine reste confidentielle. La formule du collège de déontologie permet un compromis, en associant à la fois des personnalités qualifiées et des membres de l'administration concernée.

Si une administration fait le choix de confier les fonctions de référent déontologue à l'un de ses agents, elle doit s'efforcer de désigner une personne que les agents oseront saisir. Il est impératif de ne pas confier les fonctions de référent déontologue au directeur général des services ou au directeur des ressources humaines de l'administration concernée. En aucun cas,

les fonctions de référent déontologue ne peuvent être confiées au supérieur hiérarchique : cela reviendrait à priver de toute portée utile cette institution.

3. Les moyens humains, financiers et matériels

L'article 6 du décret de 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique se contente d'énoncer sobrement que « *le chef de service met à la disposition du référent déontologue qu'il désigne selon les modalités prévues à l'article 4 les moyens matériels, notamment informatiques, permettant l'exercice effectif des missions* ».

Indemnisation.- Le décret n° 2019-799 du 26 juillet 2019 fixe les modalités d'indemnisation dans la fonction publique de l'État des missions du référent déontologue et du référent en matière de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte. Ce texte autorise les personnes exerçant les missions de référent déontologue ou alerte à percevoir une indemnisation, ce qui est une condition essentielle pour l'efficacité du dispositif. Si le montant de la rémunération peut rester modeste, il n'est pas concevable qu'une personne exerce les fonctions de référent déontologue (ou alerte) bénévolement. Le décret (art. 7) prévoit également que lorsque les missions de référent déontologue (ou alerte) sont assurées par un collègue, le président et les membres du collège peuvent être assistés pour l'exercice de leur mission par des rapporteurs ou des experts.

Selon l'arrêté du 26 juillet 2019 pris pour l'application de ce décret¹⁴¹, le montant maximal de l'indemnité pouvant être versé par personne désignée pour exercer les missions de référent déontologue est fixé à 25 000 € par an et à 37 500 € par an lorsqu'une même personne exerce simultanément les fonctions de référent déontologue et référent alerte. En outre, le montant total des indemnités pouvant être versé au titre de l'indemnisation de l'exercice de la mission de référent déontologue au sein d'une même administration, autorité, groupement ou établissement concerné est fixé à 50 000 € par an. Les rapporteurs et experts susceptibles d'assister le référent déontologue (ou alerte) lorsque les fonctions sont assurées par un collègue, peuvent bénéficier d'une indemnisation forfaitaire, dont le montant maximal est fixé à 80 € par dossier.

Conformément au décret du 26 juillet 2019, les montants des indemnités versées aux personnes désignées pour assurer les missions de référent déontologue (ou alerte) sont fixés par

¹⁴¹ Arrêté du 26 juil. 2019 pris en application du décret n° 2019-799 du 26 juillet 2019 fixant les modalités d'indemnisation dans la fonction publique de l'État des missions du référent déontologue et du référent en matière de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte.

arrêté du ou des ministres concernés. Par exemple, selon l'arrêté du 1^{er} septembre 2020 fixant le montant des indemnités versées aux membres du collège de déontologie du ministère de la justice et au référent déontologue de l'inspection générale de la justice, le montant mensuel de l'indemnité du président du collège de déontologie du ministère de la justice prévue par les articles 2 et 4 dudit décret est fixé à 2 000 €, porté à 3 125 € à compter de la publication de l'arrêté relatif aux procédures de recueil des signalements au sein du ministère de la justice qui confie les fonctions de référent alerte au même collège. Le montant de l'indemnité forfaitaire versée aux membres du collège de déontologie du ministère de la justice est fixé à 200 € par séance. Les rapporteurs et experts perçoivent une indemnité forfaitaire de 80 € par dossier. Les membres du collège peuvent exercer les fonctions de rapporteur, auquel cas ils cumulent les indemnités forfaitaires prévues pour chaque dossier et par séance du collège.

Dans la fonction publique territoriale, lorsque les fonctions de référent déontologue sont exercées par des personnalités extérieures ou des agents ou magistrats à la retraite, les fonctions de référent déontologue peuvent être rémunérées sous forme de vacations horaires. Le CDG 69, par exemple, a prévu une vacation horaire de 61 euros brut. Lorsque les fonctions sont confiées à un agent en activité au sein de l'administration concernée, une prime peut être accordée en complément du traitement.

Moyens matériels.- L'exercice des fonctions de référent déontologue par une personne seule a l'avantage de la simplicité. Le référent déontologue a surtout besoin d'une aide en informatique au moment de son installation puis en cas de problème technique au cours de l'exercice de ses fonctions : ouverture d'une messagerie électronique à laquelle il est le seul à pouvoir accéder ; création d'une page internet sur le site de l'administration concernée présentant le référent déontologue et les modalités de saisine ; création d'un formulaire de saisine. De manière plus exceptionnelle, il aura besoin d'un bureau où il pourra recevoir discrètement les agents. En pratique, les échanges avec les agents ou les autorités hiérarchiques se font beaucoup par téléphone. La formule du collège nécessite des moyens humains et matériels plus conséquents : il faut un secrétariat, voire un ou plusieurs rapporteurs, ainsi qu'un lieu où les membres du collège peuvent se réunir.

Il appartient aux administrations et aux référents déontologues d'aller au-delà des exigences minimales prévues par les textes, en décidant, par exemple, de créer des bases de données dans lesquelles sont publiés les avis du référent déontologue, ses rapports d'activité, des fiches pratiques, etc. Ainsi, sur le site extranet du centre de gestion du Rhône et de la Métropole de Lyon, le public a accès aux rapports d'activité annuels de la référente

déontologue, ainsi qu'une foire aux questions rassemblant les questions fréquemment posées par les agents et les réponses qui y sont apportées¹⁴². Les centres de gestion de la fonction publique territoriale du Doubs (25), du Jura (39), du Bas-Rhin (67), du Haut-Rhin (68) et du Territoire de Belfort (90) ont mis en ligne une base de données dans laquelle sont publiés les avis anonymisés rendus par le collègue « référent déontologue », classés en différentes rubriques (cumul d'activités, départ vers le secteur privé, prévention des conflits d'intérêts, etc.) et au sein de chaque rubrique, par année. Cette base est extrêmement utile – et utilisée – par les autres référents déontologues.

En conclusion, il est indispensable de modifier le décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique pour préciser que ce dernier doit disposer des compétences juridiques, spécialement en droit public, nécessaires à l'exercice de ses fonctions et prévoir que les fonctions de référent déontologue sont incompatibles avec certaines fonctions exercées au sein de l'administration, notamment celles de directeur général des services ou de directeur des ressources humaines.

✓ *Proposition n° 3*

Modifier le décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique pour

- préciser que le référent déontologue doit disposer des compétences juridiques, spécialement en droit public, nécessaires à l'exercice de ses fonctions et doit disposer d'une formation adaptée à ses missions et à son profil ;

- prévoir que les fonctions de référent déontologue sont incompatibles avec certaines fonctions exercées au sein de l'administration, notamment celles de directeur général des services ou de directeur des ressources humaines.

C. La nécessité d'une mise en réseau des référents déontologues

Afin d'échanger entre eux sur les cas délicats ou inédits dont ils sont saisis et d'harmoniser leurs positions respectives, les référents déontologues doivent être intégrés au sein de réseaux internes à la fonction publique dont ils relèvent (1) mais aussi et surtout au sein d'un réseau national que la Haute Autorité a vocation à animer (2).

¹⁴² [Référént déontologue - Agent ou Autorité territoriale | Extranet du cdg69](#)

1. Des réseaux sectoriels

Il est essentiel que les référents déontologiques soient insérés dans un réseau leur permettant d'échanger avec leurs homologues, tout particulièrement lorsque l'administration a fait le choix de confier les fonctions de référent déontologue à une personne agissant seule. Dans la fonction publique d'État, les réseaux se constituent de manière quasi naturelle : le référent déontologue ou le collège de déontologie ministériel est chargée d'animer et coordonner le réseau des référents déontologiques directionnels ou des correspondants référents déontologues (*supra*). Il est également important que des échanges interministériels se nouent grâce à la constitution d'un réseau national des référents déontologues de la fonction publique de l'État. Celui-ci a été lancé le 16 septembre 2019 : sous l'égide du secrétariat général du Gouvernement, les référents déontologues des ministères étaient réunis en vue de dresser un bilan de leur activité¹⁴³.

Dans la fonction publique territoriale, les centres de gestion ont vocation à constituer un réseau à la fois au niveau régional et national.

Ainsi le centre de gestion du Rhône et de la métropole de Lyon (CDG 69) a-t-il pris l'initiative de réunir les référents déontologues des différents centres de gestion de la région Auvergne-Rhône-Alpes (AuRA). Il a été décidé qu'en cas de difficulté particulière soulevée par un cas d'espèce, le référent déontologue saisi peut contacter l'un de ses homologues, pour lui demander son avis, dans le respect de la confidentialité de la saisine. En outre, l'existence d'un réseau régional de référents déontologues permet d'éviter d'éventuelles situations de conflits d'intérêts : sur la base d'une convention de déport entre les centres de gestion de la région, un référent déontologue, estimant qu'il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts, choisit, parmi ses homologues de la région AuRA, le collègue sur lequel il souhaite se déporter.

Au niveau national, le réseau des référents déontologues des centres de gestion a pu voir le jour au premier semestre 2021, grâce au soutien de l'Association nationale des directeurs de centres de gestion (ANDCDG). Ce réseau est animé par trois référents déontologues : Johanne Saison, professeure de droit public à l'Université de Lille et présidente du collège référent déontologue du centre de gestion du Nord (59) ; Claude Beaufils, administrateur territorial et magistrat financier à la retraite, référent déontologue des CDG 09, 11, 31, 46, 48, 81 et 82 et

¹⁴³ Le lancement de ce réseau est mentionné dans le numéro 115 – sept. 2019 de la revue *Vigie, L'actualité juridique de la fonction publique* par la DGAFP.

Elise Untermaier-Kerléo, signataire de ces lignes, maîtresse de conférences de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3 et référente déontologue pour les CDG 15, 26, 38, 43 et 69.

Ce réseau a été lancé à la suite d'une journée d'échange organisée par Johanne Saison et moi-même à la demande du CDG 59, le 5 février 2021 (en visioconférence) et qui a donné lieu à des discussions animées, notamment sur la mise en place du référent déontologue et la question du choix entre une personnalité unique ou un collège ou celle de l'indépendance nécessaire du référent déontologue, qui rend cette fonction difficilement compatible avec celles de direction au sein d'un centre de gestion. Cette journée a démontré l'importance pour les référents déontologues de pouvoir échanger entre eux sur les difficultés qu'ils rencontrent, les cas particuliers qu'ils ont à traiter.

Ce réseau s'est concrétisé par l'ouverture d'une plateforme à laquelle seuls les référents déontologues des centres de gestion ont accès et sur laquelle ils peuvent, de manière informelle, dans le respect de la confidentialité, soumettre à leurs homologues, des cas inédits ou particulièrement complexes. La plateforme crée ainsi une forme de collégialité informelle. Depuis son ouverture en juin 2021, les échanges sont nombreux. La plateforme permet également d'échanger des fichiers et de les classer dans différentes rubriques. Les référents déontologues ont ainsi la possibilité de déposer leurs rapports d'activités dans une rubrique dédiée.

Par ailleurs, ce réseau donne lieu à des séances d'échanges de 2 heures, organisées régulièrement à quelques mois d'intervalle, en visioconférence, sur des thématiques prédéfinies. Une première séance a eu lieu en juin 2021, à propos du cumul d'activités par les agents publics et la notion d'activité accessoire (27 participants). Une deuxième séance a été organisée en novembre 2021 sur le thème : « *alerte et signalement : quel rôle du référent déontologue ?* » (13 participants). La prochaine séance, prévue en mars 2022, portera sur la saisine du référent déontologue par les autorités territoriales, sur le fondement des dispositions issues de la loi de transformation de la fonction publique. Il est également envisagé de créer des groupes de travail, afin de réfléchir à des outils de diffusion de la culture déontologique. Un premier groupe pourrait ainsi être chargé de proposer un modèle de charte déontologique que les centres de gestion pourraient ensuite mettre à la disposition des collectivités.

Pour l'instant, les référents déontologues internes aux collectivités territoriales ne sont pas intégrés à ce réseau. Certains d'entre eux avaient cependant participé à la première journée d'échange du 5 février 2021. Il serait opportun d'accueillir au sein du réseau des centres de gestion les référents déontologues internes aux collectivités.

Il existe enfin une *e-communauté* « Déontologie/transparence » sur le site du CNFPT, régulièrement (presque quotidiennement) alimentée par MM. Pierre Villeneuve et Hugues Fourage. Il s'agit d'un outil très utile pour être au courant de tous les textes, jurisprudences, événements intéressant la déontologie de la vie publique.

✓ *Proposition n° 4*

Accueillir au sein du réseau des référents déontologues des centres de gestion les référents déontologues internes aux collectivités.

2. La nécessité d'un réseau national sous l'égide de la Haute Autorité

Il est essentiel que les référents déontologues soient intégrés dans un réseau national. La Commission de déontologie de la fonction publique avait refusé de jouer le rôle de « *tête de réseau* » des référents déontologues. Pour Roland Peylet, président de la Commission de déontologie de la fonction publique, qui répondait au questionnaire des députés Olivier Marleix et Fabien Matras, cette idée « *para[issait] relever d'une conception "pyramidale" de l'appareil d'État qui ne [lui] sembl[ait] plus de mise* ». La Commission de déontologie assurait par ses avis la cohérence des règles concernant l'exercice d'activités privées. Elle n'avait pas vocation à garantir la cohérence de l'ensemble des règles déontologiques applicables dans l'ensemble des administrations qui s'inscrivent nécessairement dans le respect des principes désormais définis par la loi¹⁴⁴. Pour Roland Peylet, la Commission pouvait être regardée « *comme improprement nommée* », son rôle se limitant aux recommandations et avis qu'elle doit donner en application de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983 (et du Code de la recherche). « *Elle n'a[vait] pas de rôle de "tête de réseau" pour l'ensemble des questions de déontologie et n'a[vait] pas, à ce stade, les moyens de jouer un tel rôle* »¹⁴⁵. De fait, après que la loi du 20 avril 2016 a renforcé les prérogatives de la Commission et créé les référents déontologues, la Commission de déontologie de la fonction publique n'a jamais cherché à tisser de liens avec les référents nouvellement désignés.

À l'inverse, la HATVP, sous la présidence de Jean-Louis Nadal, a eu un rôle proactif, en allant au-delà des compétences qui lui avaient été initialement confiées par la loi. Dans son rapport d'activité 2017, elle proposait ainsi de « *diffuser les bonnes pratiques entre les référents déontologues via la création d'un réseau des déontologues* » (proposition n° 11). À ce titre, la

¹⁴⁴ Assemblée nationale, rapport d'information n° 611 sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts, présenté par les députés O. Marleix et F. Matras, 31 janv. 2018, p. 54.

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 55.

Haute Autorité a pris l'initiative d'organiser des rencontres annuelles des référents déontologues de la sphère publique. Trois rencontres ont déjà eu lieu à Paris en mai 2019 (Sénat), septembre 2019 (Maison de la recherche) puis octobre 2021 (Sénat), articulées autour d'une table-ronde et d'ateliers, et réunissant près d'une centaine de référents déontologues de collectivités locales, d'administrations centrales et d'autorités administratives indépendantes, ainsi que des membres de la Haute Autorité et du Centre national de la fonction publique territoriale, partenaire de l'événement.

Les Guides déontologiques publiés par la Haute Autorité sont également des instruments particulièrement utiles pour les référents déontologues. Dans la lignée du premier tome du *Guide déontologique*, paru au printemps 2019, la Haute Autorité a souhaité poursuivre ses efforts en matière d'accompagnement des responsables publics en exposant de façon pédagogique son expertise juridique ainsi que sa doctrine, dans un second tome, publié en janvier 2021¹⁴⁶. La mise en œuvre des nouveaux contrôles déontologiques à partir du 1^{er} février 2020 a suscité de nombreuses interrogations parmi les administrations, les collectivités territoriales et les référents déontologues. La Haute Autorité a ainsi multiplié en 2020 les échanges avec eux afin de faire preuve de pédagogie et de répondre à leurs questions juridiques.

Ce réseau national des référents déontologues mérite d'être pérennisé et renforcé, afin d'harmoniser les pratiques sur l'ensemble du territoire. Il pourrait être accompagné de la création d'une plateforme en ligne sur le site de la HATVP permettant aux référents d'échanger entre eux et avec les services de la HATVP sur leurs pratiques ou des questions soulevant des difficultés particulières. En outre, si la Haute Autorité fédère déjà en pratique les référents déontologues de la fonction publique, cette mission ne lui est pourtant pas reconnue par la loi. Dans le cadre des discussions concernant le projet de loi de transformation de la fonction publique, un amendement avait été déposé en séance publique, proposant d'inscrire, parmi les missions de la HATVP, l'accompagnement des référents déontologues « *par des actions de formation, de diffusion de recommandations et de bonnes pratiques* »¹⁴⁷. L'amendement n'a pas été adopté au motif – contestable – que cette mission d'accompagnement conduirait à établir un lien hiérarchique entre l'autorité administrative indépendante et les référents déontologues, alors que ceux-ci ne relèvent pas de ladite autorité. L'accompagnement des référents déontologues par la Haute Autorité est d'autant plus nécessaire que ces derniers ont vu leur rôle

¹⁴⁶ Untermaier-Kerléo É., « Le traitement du conflit d'intérêts par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Commentaire du *Guide déontologique II* », *AJCT* juil.-août 2021, 357.

¹⁴⁷ Amendement n° CL757 présenté par les députés Mme Vichnievsky, M. Bru, Mme Florennes, Mme Jacquier-Laforge, M. Lagleize, M. Latombe, M. Cubertafon et M. Waserman, 29 avril 2019.

considérablement renforcé par la loi de transformation de la fonction publique. Il est temps de consacrer expressément dans la loi ce rôle de pilotage et d'accompagnement des référents déontologues par la HATVP.

✓ *Proposition n° 5*

Consacrer expressément dans la loi le rôle de pilotage et d'accompagnement des référents déontologues par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

§ 2. La pluralité des missions du référent déontologue

Le référent déontologue est d'abord l'interlocuteur des agents publics, auxquels il est chargé d'apporter tout conseil utile au respect de leurs obligations professionnelles (A). Depuis le 1^{er} février 2020, le référent peut désormais être sollicité par l'autorité hiérarchique dans les cas prévus par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, s'agissant du contrôle préalable à la création d'entreprise en cumul avec les fonctions publiques, de départ vers le secteur privé ou de retour vers le secteur public (B). Enfin, le référent déontologue exerce généralement un rôle d'accompagnement en matière d'alerte et de signalement (C).

A. Le confident déontologique des agents

Le référent déontologue doit être saisi par les agents eux-mêmes (1), ce qui exclut, en principe, qu'il soit saisi par les chefs de service (2) comme par les membres du Gouvernement et les élus locaux (2).

1. La saisine par les agents

L'article 28 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires, créé par la loi du 20 avril 2016¹⁴⁸, énonce que « *tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux articles 25 à 28* ». Le décret du 10 avril 2017 relatif

¹⁴⁸ Ces dispositions figurent à l'art. L. 124-2 du Code général de la fonction publique, aux termes duquel « *Tout agent public a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux chapitres I à III et au présent chapitre. Cette fonction de conseil s'exerce sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service* ».

au référent déontologue dans la fonction publique n'apporte aucune précision sur le rôle du référent déontologue. Il appartient donc aux différentes administrations de détailler les missions de leur référent déontologue dans l'arrêté de désignation de ce dernier, éventuellement complété par une lettre de mission.

Confidentialité.- Le référent déontologue apparaît ainsi comme le « *confident déontologique* »¹⁴⁹ des agents publics. Comme le précise l'article 7 du décret du 10 avril 2017, le référent déontologue est tenu au secret et à la discrétion professionnels dans les conditions définies à l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983. La confidentialité de la saisine signifie que le référent déontologue ne porte jamais à l'autorité hiérarchique des informations dont elle a connaissance dans le cadre de sa saisine par les agents. Par exemple, même s'il apprend qu'un agent cumule son emploi public avec une activité privée sans aucune autorisation, il ne dénonce pas l'agent à son employeur. Cette confidentialité est essentielle : les agents saisissent le référent déontologue dans la mesure où ils savent que leurs questions, et les réponses qui y sont apportées, ne seront pas rapportées à l'autorité hiérarchique. En pratique, les agents prennent fréquemment le soin de s'assurer auprès de leur référent déontologue que leur saisine sera bien confidentielle. Il arrive qu'un agent saisisse son référent directement par voie postale ou par courriel, en utilisant alors son adresse électronique personnelle, parce qu'il craint (à tort) que l'utilisation du formulaire en ligne sur le site du centre de gestion soit portée à la connaissance de son autorité hiérarchique.

L'obligation de secret professionnel est susceptible d'être fragilisée par les fonctions de référent alerte que le référent déontologue peut également se voir confier (*infra*), ainsi que par les compétences du référent déontologue résultant de la loi de transformation de la fonction publique. Le référent déontologue peut désormais être saisi par l'autorité hiérarchique, notamment en cas de doute sérieux sur la compatibilité du projet d'un agent de départ vers le secteur privé ou de création d'entreprise. Or, il peut être délicat pour le référent déontologue, saisi d'un côté, par l'agent, et de l'autre, par l'autorité hiérarchique, de ne pas divulguer des informations que lui a confiées à titre confidentiel l'agent.

Compétence générale.- Contrairement à la Commission de déontologie de la fonction publique, compétente uniquement pour se prononcer sur les projets de départ vers le secteur privé et de création d'entreprise en cumul avec les fonctions publiques, le référent déontologue est compétent pour conseiller les agents sur l'ensemble des obligations déontologiques

¹⁴⁹ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique (présidée par J.-M. Sauvé), *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, janv. 2011, p. 93.

mentionnées dans le statut : dignité, impartialité, probité, intégrité, neutralité, laïcité, égalité de traitement des personnes, prévention des conflits d'intérêts, règles en matière de cumul d'emplois et d'activités, secret et discrétion professionnels, obligation d'obéissance hiérarchique, obligations déclaratives : déclarations d'intérêts ou de situation patrimoniale.

Laïcité.- Parmi ces obligations, figure le respect du principe de laïcité, inscrit, depuis la loi du 20 avril 2016, à l'article 25 du statut général des fonctionnaires¹⁵⁰. Le référent déontologue a généralement absorbé la fonction de référent laïcité. Ce dernier, d'abord institué par la circulaire du 17 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique, a vu son existence consacrée par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République (art. 3) et le décret n° 2021-1802 du 23 décembre 2021 relatif au référent laïcité dans la fonction publique.

Désormais, à la suite de l'article 28 *bis* de la loi de 1983 relatif au référent déontologue, un article 28 *ter*¹⁵¹ prévoit :

« Les administrations de l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics mentionnés à l'article 2 désignent un référent laïcité.

Le référent laïcité est chargé d'apporter tout conseil utile au respect du principe de laïcité à tout fonctionnaire ou chef de service qui le consulte. Il est chargé d'organiser une journée de la laïcité le 9 décembre de chaque année. Les fonctions de référent laïcité s'exercent sous réserve de la responsabilité et des prérogatives du chef de service.

Un décret en Conseil d'État détermine les missions ainsi que les modalités et les critères de désignation des référents laïcité. »

L'institution d'un référent laïcité, distinct du référent déontologue interposé, dans la mesure où le respect du principe de laïcité, tout comme son corollaire, l'obligation de neutralité, font partie des obligations déontologiques qui s'imposent aux agents publics dans leur ensemble. Le fait de prévoir dans la loi que ce référent sera chargé d'organiser la journée de la laïcité le 9 décembre de chaque année laisse tout aussi perplexe.

Le décret n° 2021-716 du 4 juin 2021 a par ailleurs institué un comité interministériel de la laïcité remplaçant l'Observatoire de la laïcité créé en 2007. Ce comité est chargé de coordonner et assurer le suivi de la mise en œuvre de l'action du Gouvernement aux fins d'assurer la promotion et le respect du principe de laïcité au sein des administrations de l'État,

¹⁵⁰ CGFP, art. L. 121-2.

¹⁵¹ CGFP, art. L. 124-3.

des collectivités territoriales ainsi que des autres personnes de droit public ou de droit privé chargées d'une mission de service public. Le décret précise également qu'« *il concourt à la définition des exigences de formation auxquelles doit satisfaire tout agent public en la matière. Il détermine le cadre de l'action des référents laïcité des administrations de l'État* ».

Exclusion des questions relatives au déroulement de la carrière.- Le référent déontologue n'est en principe pas compétent pour répondre aux questions des agents relatives au déroulement de leur carrière. Sont donc irrecevables les questions suivantes¹⁵² :

« *Pourquoi n'ai-je pas bénéficié d'un avancement de grade ?* » ;

« *Pourquoi n'ai-je pas d'augmentation de rémunération ?* » ;

« *Le refus de la mairie de retenir ma candidature sur ce poste ne prouve-t-il pas l'existence d'une discrimination ?* » ;

« *L'autorité territoriale a-t-elle le droit de me refuser un aménagement de mon temps de travail ? / Un avancement ? / Une augmentation ?* » ;

« *Le comportement de mes collègues s'apparente-t-il à du harcèlement moral ?* ».

Ceci étant, la frontière entre les questions déontologiques et les questions relatives au déroulement de la carrière n'est pas évidente à tracer, dans la mesure où la déontologie est sous-jacente à toute question statutaire. Par exemple, lorsqu'un agent se demande si sa hiérarchie peut lui imposer un changement dans sa fiche de poste, il y a nécessairement une posture déontologique à adopter dans ce type de situation. Le référent déontologue peut alors conseiller l'agent sur l'attitude à adopter face à une mesure qui ne lui convient pas, tout en veillant à ne pas se prononcer sur la légalité de cette mesure.

Organisation du service.- En outre, la question se pose de savoir si la référente déontologue peut répondre à des questions portant sur l'organisation des services. Certains centres de gestion ont expressément exclu ce type de question¹⁵³. S'il est incontestable qu'un référent déontologue ne peut en principe pas s'immiscer dans un litige opposant l'agent et son administration et ne se substitue pas à l'employeur, certaines questions relatives à l'organisation du service peuvent toutefois avoir trait au respect des obligations déontologiques. Par exemple, lorsqu'un agent de catégorie A ou B demande s'il peut avoir pour supérieur hiérarchique un

¹⁵² Exemples donnés sur le site des centres de gestion d'Alsace Franche-Comté :

<http://www.deontologue-alsace-fcomte.fr/exemples-de-questions-non-recevables-par-le-referent-deontologue>

¹⁵³ V. notamment :

<http://www.deontologue-alsace-fcomte.fr/exemples-de-questions-non-recevables-par-le-referent-deontologue>

agent de catégorie inférieure, la question concerne directement le respect de l'obligation d'obéissance hiérarchique énoncée à l'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 et entre ainsi dans le champ de compétence du référent. Il en va de même lorsqu'un agent demande s'il peut s'opposer à la modification de sa fiche de poste.

2. L'exclusion des saisines par les responsables politiques

Les référents déontologues institués au sein de la fonction publique par les centres de gestion sont chargés d'apporter tout conseil utile aux agents de la fonction publique territoriale, à l'exclusion des élus locaux. Ils peuvent néanmoins être amenés à leur répondre de manière indirecte, par exemple lorsqu'ils sont saisis par le directeur général des services de la collectivité.

Les collectivités sont de plus en plus nombreuses à mettre en place, dans le silence de la loi, des structures déontologiques compétentes à l'égard des élus, à l'instar de la ville de Strasbourg, qui dès 2014, a confié au professeur de droit public, Patrick Wachsmann ou la région Grand-Est, dont la commission permanente a désigné le professeur de droit public Sébastien Touzé en décembre 2016. Les collectivités font plus souvent le choix d'une structure collégiale, à l'image du Comité d'éthique de la Ville de Nice (avril 2014), de la Commission de déontologie des élu.e.s du Conseil de Paris (oct. 2014), de la Commission de déontologie de la Région Provence Alpes-Côte d'Azur (janv. 2016), de la Commission d'éthique de la région Ile-de-France (mai 2016) ou encore de la Commission de déontologie de la région des Hauts-de-France (févr. 2018).

La loi relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique¹⁵⁴ aurait pu étendre la compétence des référents déontologues de la fonction publique territoriale aux élus locaux. Le projet de loi, à l'issue de la première lecture à l'Assemblée nationale, comportait un article 30 *bis* A complétant l'article L. 1111-1-1 du Code général des collectivités territoriales par deux alinéas. Le premier consacrait la possibilité pour tout élu local « *de consulter un référent déontologue chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des principes déontologiques* » consacrées dans la Charte de l'élu local¹⁵⁵. Le second alinéa renvoyait à un décret en Conseil d'État le soin de déterminer « *les modalités et les critères de*

¹⁵⁴ Loi n° 2019-1461 du 27 déc. 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique.

¹⁵⁵ La Charte de l'élu local, apparue avec la loi du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, est remise lors de la première réunion des instances délibératives des collectivités territoriales.

désignation des référents déontologues ». Ces dispositions avaient toutefois été supprimées par la commission mixte paritaire¹⁵⁶.

Le droit pour tout élu local de consulter un référent déontologue chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des principes déontologiques consacrés dans la charte de l'élu local a finalement été consacré par la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (loi 3DS)¹⁵⁷, à la faveur d'un amendement parlementaire (n° 2641) introduit lors de la séance publique à l'Assemblée nationale du 17 décembre 2021¹⁵⁸.

S'agissant de la fonction publique d'État, les arrêtés créant les collèges de déontologie ou les référents déontologues ministériels prévoient qu'ils peuvent être saisis par les ministres, mais uniquement de questions relatives aux règles déontologiques propres à aux services. Tout comme les élus locaux, les membres du Gouvernement sont dépourvus de déontologue. L'Observatoire de l'éthique publique (OEP), *think tank* composé d'universitaires et de parlementaires, fondé par le député honoraire René Dosière, a ainsi proposé de créer un déontologue du Gouvernement, en 2019, à la suite de l'affaire ayant entraîné la démission de François de Rugy¹⁵⁹. Jean-Marc Sauvé est du même avis¹⁶⁰.

3. L'exclusion des saisines par les chefs de service

Le référent déontologue répond en principe aux agents qui le saisissent de questions qui les concernent personnellement. Dans la fonction publique territoriale, s'agissant des référents déontologues désignés par les centres de gestion, il est généralement admis que les responsables ou gestionnaires des ressources humaines comme les juristes des collectivités doivent solliciter leur interlocuteur habituel au sein du centre de gestion (service carrières et expertise statutaire) pour les questions déontologiques concernant les agents dont ils gèrent la situation professionnelle. La seule exception concerne l'application du principe de laïcité, et son

¹⁵⁶ V. sur ce point : Untermaier-Kerléo É., « Pas de déontologue pour les élus locaux ! », tribune, *AJCT*, janv. 2020.

¹⁵⁷ Art. 218. La loi complète l'article L. 1111-1-1 du Code général des collectivités territoriales par deux alinéas ainsi rédigés : « *Tout élu local peut consulter un référent déontologue chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des principes déontologiques consacrés dans la présente charte. / Un décret en Conseil d'État détermine les modalités et les critères de désignation des référents déontologues.* ».

¹⁵⁸ <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/4721/AN/2641>

¹⁵⁹ OEP, « Rendre plus transparent le train de vie du gouvernement », note du 17 juil. 2019. V. aussi la tribune de l'OEP publiée dans le Journal du Dimanche du 23 août 2019, « Pour un déontologue du gouvernement ».

<https://www.lejdd.fr/Politique/tribune-pour-un-deontologue-du-gouvernement-3912784>

¹⁶⁰ « Il y a des déontologues partout, sauf au gouvernement ! », par C. Barjon, *Le Nouvel observateur*, 19 janv. 2020.

corollaire, l'obligation de neutralité religieuse, dans le cas où le référent déontologue est également référent laïcité : dans ce cas, il répond non seulement aux agents mais aussi aux encadrants, comme le prévoyait la circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique. Cette possibilité de saisine plus large figure désormais dans la loi. Alors que l'article 28 *bis* de la loi de 1983 énonce que « *tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue* », l'article 28 *ter* relatif au référent laïcité, issu de la loi du 24 août 2020 confortant le respect des principes de la République (*supra*), précise que celui-ci « *est chargé d'apporter tout conseil utile au respect du principe de laïcité à tout fonctionnaire ou chef de service qui le consulte* ».

L'exclusion des saisines par les chefs de service a le mérite de responsabiliser les agents qui doivent faire l'effort de poser eux-mêmes les questions déontologiques qui les concernent. Mais en pratique, elle est difficile à faire respecter. Les responsables et gestionnaires RH sont nombreux à se tourner directement vers le référent déontologue, qui leur apparaît comme le mieux à même de leur répondre dans le champ de la déontologie.

En dehors des centres de gestion, dès lors que l'administration dispose de son propre référent déontologue, qu'il s'agisse d'un agent qui relève ou a relevé de l'administration, ou d'un collège de déontologie au sein duquel siège des personnalités qualifiées extérieures à l'administration, il est rare que les chefs de service ne puissent pas eux aussi consulter le référent déontologue pour des questions concernant les agents placés sous leur responsabilité. Par exemple, s'agissant du collège de déontologie du ministère de la justice, l'arrêté du 29 octobre 2019 le charge de répondre aux questions relatives aux principes et obligations déontologiques consacrés dans le statut de la fonction publique, dont il est saisi directement par un agent ou par son autorité hiérarchique¹⁶¹. En règle générale, lorsqu'une administration se dote de son propre référent déontologue, elle lui confie des missions qui vont bien au-delà de la simple mission de conseil aux agents. Ainsi, pour reprendre l'exemple du collège de déontologie du ministère de la justice, ce dernier est également chargé « *de mener, à la demande du ministre, toute réflexion concernant les questions et principes déontologiques (...) et de formuler des propositions pour assurer la promotion de tels principes et renforcer la prévention de toute situation de conflits d'intérêts, en proposant le cas échéant de modifier la réglementation en vigueur* », ainsi que « *de proposer toutes actions utiles en matière de formation des agents* ». Au sein d'un établissement d'enseignement supérieur comme l'université Jean Moulin Lyon 3, le référent

¹⁶¹ Arrêté du 29 oct. 2019 relatif à la création, à la composition et aux attributions du collège de déontologie au ministère de la justice

déontologue est ainsi associé par la direction des ressources humaines à la procédure de recrutement des enseignants-chercheurs : il est chargé d'expliquer aux présidents des comités de sélection les règles garantissant l'impartialité du comité et de les aider à identifier d'éventuelles situations de conflits d'intérêts justifiant le départ de certains membres.

En conclusion, bien que cela soit susceptible de déresponsabiliser les agents qui, au lieu d'aller chercher eux-mêmes les réponses, pourraient préférer s'en remettre à leur hiérarchie, pour simplifier l'état du droit et tenir compte de la pratique, il conviendrait d'aligner la rédaction de l'article 28 *bis* de la loi de 1983, devenu dans le CGFP, l'article L. 124-2, concernant le référent déontologue sur celle de l'article 28 *ter* relatif au référent laïcité, en prévoyant que le référent déontologue peut également être saisi par le chef de service qui le consulte au sujet d'un agent placé sous sa responsabilité.

Le nouvel article L. 124-2 du CGFP pourrait être ainsi rédigé :

« Tout agent public a le droit de consulter un référent déontologue.

Le référent déontologue est chargé d'apporter tout conseil utile au respect au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux chapitres I à III et au présent chapitre à tout fonctionnaire ou chef de service qui le consulte. Cette fonction de conseil s'exerce sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service. ».

✓ **Proposition n° 6**

Aligner la rédaction des dispositions de l'article 28 *bis* de la loi de 1983 (art. L. 124-2 du CGFP), concernant le référent déontologue sur celle de l'article 28 *ter* relatif au référent laïcité (art. L. 124-3 du CGFP), en prévoyant que le référent déontologue peut également être saisi par le chef de service qui le consulte au sujet d'un agent placé sous sa responsabilité.

B. Un relais de la Haute Autorité auprès des autorités hiérarchiques

Le référent déontologue s'est vu confier par la loi de transformation de la fonction publique des compétences importantes qui tendent à faire de lui, non plus un simple conseiller des agents, mais une instance de contrôle (1). Cependant, le législateur est resté au milieu du gué : si, pour éviter l'engorgement de la HATVP, le contrôle déontologique doit être en principe exercé sur place, par l'autorité hiérarchique, avec l'aide du référent déontologue, il est nécessaire de renforcer les prérogatives et des moyens du référent déontologue pour assurer un tel contrôle (2).

1. Des responsabilités importantes

Depuis le 1^{er} février 2020, le rôle du référent déontologue a évolué. Alors qu'il pouvait jusqu'ici n'être saisi que par les agents publics pour des questions les concernant personnellement, le référent déontologue peut être sollicité par l'autorité hiérarchique dans les cas prévus par la loi de transformation de la fonction publique. Cette loi a en effet mis en place un système déconcentré s'agissant du contrôle déontologique des projets des agents publics de départ vers le secteur privé et de création d'entreprise, ainsi que du contrôle préalable à la nomination dans certains emplois au sein de la fonction publique. Avec la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, la Commission de déontologie de la fonction publique était systématiquement saisie de tous les projets des agents publics de création d'entreprise ou de départ vers le secteur privé. Avec la loi du 6 août 2019, la HATVP voit 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* ». Pour la grande majorité des agents, 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.

Le référent déontologue a vu ainsi son rôle considérablement renforcé et transformé. Alors qu'il pouvait jusqu'ici n'être saisi que par les agents publics, le référent peut désormais être sollicité par l'autorité hiérarchique. Cette évolution est tout à fait judicieuse, à condition que des mesures soient prises pour ne pas détruire le lien de confiance entre le référent et les agents. Les agents doivent être certains que lorsqu'ils s'adressent à leur référent, ce dernier n'ira pas « *rapporter* » leurs questions à l'autorité hiérarchique. L'idéal serait donc que le référent déontologue soit extérieur à l'administration de l'agent qui le saisit, comme c'est déjà en pratique souvent le cas au sein de la fonction publique territoriale, le référent déontologue étant souvent nommé par le centre de gestion (*supra*).

2. Des prérogatives insuffisantes

Saisine de la HATVP.- Lorsque l'avis rendu par le référent déontologue n'a pas permis de lever le doute sur la compatibilité du projet de l'agent avec les fonctions publiques qu'il exerce depuis 3 ans, « l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité »¹⁶². L'interprétation de ces dispositions soulève plusieurs questions, notamment celle de savoir si l'autorité hiérarchique est en situation de compétence liée pour saisir la Haute Autorité :

- Peut-elle, par exemple, préférer ne pas saisir la Haute Autorité et refuser d'accorder l'autorisation demandée par l'agent ? Si l'agent forme alors un recours contre le refus d'autorisation, l'absence de saisine de la Haute Autorité s'analyserait-elle comme une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration employeur et comme un vice de procédure justifiant l'annulation de la décision de refus ?
- Que se passe-t-il si l'autorité hiérarchique, en dépit de l'avis défavorable du référent déontologue, décide de ne pas saisir la Haute Autorité et accorde néanmoins l'autorisation de départ vers le secteur privé ou de temps partiel pour création d'entreprise ?

Nécessité d'informer le référent des suites de la procédure.- Le système de contrôle déconcentré mis en place par la loi TFP présente incontestablement un risque important, à savoir que des autorités hiérarchiques complaisantes décident de ne saisir ni le référent déontologue, ni la HATVP. Certains y voient « un contrôle allégé » et « promettent « un retour au pénal (...) douloureux »¹⁶³. Toutefois, le double filtrage opéré par l'autorité hiérarchique et le référent déontologue permet une analyse plus systématique et approfondie des situations individuelles, alors que l'ancienne Commission de déontologie de la fonction publique, débordée par le nombre de saisines, rendait bien souvent un avis de compatibilité tacite. Mais, afin de renforcer l'efficacité du système de contrôle et inciter les autorités hiérarchiques à saisir la Haute Autorité, le référent déontologue pourrait être plus étroitement associé à la procédure. La loi prévoit seulement que le référent déontologue de l'administration dont relève l'intéressé peut assister aux séances de la Haute Autorité sans voix délibérative¹⁶⁴. L'avis rendu par le référent déontologue est joint à la saisine de la Haute Autorité (art. 25 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique). En revanche,

¹⁶² Loi du 13 juil. 1983, art. 25 septies III et V ; CGFP, art. L. 123-8, L. 124-4, L. 124-7.

¹⁶³ Didier J.-P., « Pantouflage et déontologie dans la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique », *JCP A* 2019, 2275.

¹⁶⁴ Art. 19 II de la loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique.

une fois que le référent déontologue a rendu son avis à l'autorité hiérarchique, il ignore totalement quelles sont les suites données à cet avis. L'autorité hiérarchique peut l'informer de l'issue de la procédure, par courtoisie, mais elle n'en a pas juridiquement l'obligation. Il faudrait modifier le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique pour imposer à l'autorité hiérarchique d'accuser réception de l'avis rendu par le référent déontologue et de l'informer des suites qu'elle entend donner à cet avis.

Suivi des avis d'incompatibilité et des réserves.- La Haute Autorité a été dotée de certaines prérogatives pour assurer le suivi de ses avis d'incompatibilité et de ses avis de compatibilité assortis de réserves. À ce titre, durant les trois années qui suivent le début de l'activité privée lucrative ou la nomination à un emploi public, l'agent qui a fait l'objet d'un avis d'incompatibilité ou de compatibilité avec réserves fournit, à la demande de la Haute Autorité, toute explication ou tout document pour justifier qu'il respecte cet avis¹⁶⁵. Des sanctions sont prévues si l'avis de compatibilité avec réserves ou d'incompatibilité n'est pas respecté¹⁶⁶. L'agent public peut faire l'objet de poursuites disciplinaires. En cas de départ vers le secteur privé, le fonctionnaire retraité peut faire l'objet d'une retenue sur pension, dans la limite de 20 % du montant de la pension versée, pendant les trois ans suivant la cessation de ses fonctions. Il est mis fin au contrat dont est titulaire l'agent à la date de notification de l'avis rendu par la Haute Autorité, sans préavis et sans indemnité de rupture. Dans le cadre de la nomination d'une personne issue du secteur privé, l'administration ne peut procéder au recrutement de l'agent contractuel intéressé au cours des trois années suivant la date de notification de l'avis rendu par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

En revanche, rien n'est prévu pour assurer le respect des avis d'incompatibilité et des réserves émises par le référent déontologue. En l'état actuel du droit, celui-ci n'a finalement pas intérêt à délivrer, à son niveau, des avis d'incompatibilité ou réservés, dans la mesure où il n'a aucun moyen de s'assurer de leur respect. Il est en effet préférable d'inviter l'autorité hiérarchique à saisir la Haute Autorité : si celle-ci émet des réserves ou un avis d'incompatibilité, elle aura davantage de moyens pour en assurer le suivi, à la différence du référent déontologue qui en est totalement dépourvu.

Notification des avis de la HATVP aux référents déontologues.- La loi prévoit que les avis de la Haute Autorité « *sont notifiés à l'administration, à l'agent et à l'entreprise ou à*

¹⁶⁵ Art. 25 *octies* XII de la loi du 13 juil. 1983, repris à l'art. L. 124-18 du CGFP.

¹⁶⁶ Art. 25 *octies* XI, repris à l'art. L. 124-20 du CGFP.

l'organisme de droit privé d'accueil de l'agent »¹⁶⁷. Il faudrait également que ces avis soient notifiés au référent déontologue. Cela lui permettrait d'abord de savoir si son avis a été suivi ou non par la Haute Autorité et donc d'adapter ses avis futurs à la jurisprudence de la Haute Autorité. En outre, le référent déontologue pourrait rendre compte, dans son rapport d'activité annuel, des statistiques relatives au suivi de ses avis par les autorités hiérarchiques. Il serait donc opportun de prévoir que les avis de la Haute Autorité sont notifiés, non seulement à l'administration, à l'agent et à l'entreprise ou à l'organisme de droit privé d'accueil de l'agent, mais également au référent déontologue. En attendant la modification de la loi, la Haute Autorité pourrait prendre l'initiative de notifier spontanément les avis qu'elle rend au référent déontologue concerné.

✓ *Proposition n° 7*

Associer plus étroitement le référent déontologue à la procédure de contrôle déontologique préalable aux projets de départ vers le secteur privé ou de création d'entreprise des agents publics ou à la nomination d'une personne venant du secteur privé.

- Modifier le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique pour imposer à l'autorité hiérarchique d'accuser réception de l'avis rendu par le référent déontologue et de l'informer des suites qu'elle entend donner à cet avis.

- Compléter l'article 25 *octies* X de la loi du 13 juillet 1983 / L. 124-15 du Code général de la fonction publique pour prévoir que les avis de la Haute Autorité sont également notifiés, non seulement à l'administration, à l'agent et à l'entreprise ou à l'organisme de droit privé d'accueil de l'agent, mais également au référent déontologue. En attendant la modification de la loi, la Haute Autorité pourrait prendre l'initiative de notifier spontanément les avis qu'elle rend au référent déontologue concerné.

Respect du contradictoire.- Tenus largement à l'écart de la procédure devant la HATVP, les référents déontologues peuvent néanmoins être saisis *a posteriori* par les agents qui n'acceptent pas ou ne comprennent pas qu'un avis défavorable à leur projet de départ ou de création d'entreprise ait été émis. Or, la procédure devant la Haute Autorité est assez peu encadrée par la loi. La Haute Autorité « *peut recueillir auprès des personnes publiques et privées toute information nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Elle peut entendre ou consulter toute personne dont le concours lui paraît utile* »¹⁶⁸. La loi prévoit également que « *l'autorité dont le fonctionnaire relève dans son corps ou dans son cadre d'emplois d'origine*

¹⁶⁷ Art. 25 *octies* X de la loi du 13 juil. 1983, repris à l'art. L. 124-15 du CGFP.

¹⁶⁸ Art. 25 *octies* VIII de la loi du 13 juil. 1983, repris à l'art. L. 124-13 du CGFP.

peut solliciter une seconde délibération de la Haute Autorité, dans un délai d'un mois à compter de la notification de son avis. Dans ce cas, la Haute Autorité rend un nouvel avis dans un délai d'un mois à compter de la réception de cette sollicitation »¹⁶⁹. Les éléments qui doivent figurer dans le dossier de saisine de la Haute Autorité sont déterminés par un arrêté ministériel du 4 février 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique¹⁷⁰. En cas de projet de création d'entreprise, l'autorité hiérarchique doit faire figurer dans le dossier de saisine les éléments apportés par l'agent lors de sa demande initiale, notamment la description du projet envisagé comportant toutes les informations utiles et circonstanciées permettant l'appréciation de la demande par l'autorité hiérarchique et le cas échéant, les statuts ou projets de statuts de l'entreprise que l'agent souhaite créer ou reprendre.

Par un arrêt du 4 novembre 2020, concernant le départ vers le secteur privé de l'ambassadeur *Maurice Gourdault-Montagne*¹⁷¹, le Conseil d'État s'est pour la première fois prononcé sur la légalité d'un avis de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), rendu dans le cadre de sa mission de contrôle des départs vers le secteur privé (pantouflage) de certains agents publics qui lui a été la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique. Contrairement aux conclusions de Mme Karin Ciavaldini, la Haute Juridiction a estimé que l'avis par lequel la Haute Autorité s'est prononcée sur la compatibilité d'un projet d'activité privée lucrative avec les fonctions exercées précédemment par un fonctionnaire, a le caractère d'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Ce faisant, cet arrêt va à rebours de la jurisprudence traditionnelle selon laquelle les avis conformes constituent des actes préparatoires à la décision pour la prise de laquelle ils sont sollicités et ne sont pas susceptibles de recours¹⁷². Cette solution témoigne de la volonté du Conseil d'État de connaître en premier et dernier ressort des avis rendus par la HATVP, sur le fondement de l'article R. 311-1 4° du CJA prévoyant que le Conseil d'État est compétent pour connaître, en premier et dernier ressort, des recours dirigés contre les décisions prises par les organes d'un certain nombre d'autorités, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation, dont la HATVP. Il fallait donc reconnaître à « l'avis » de la HATVP, le caractère d'une décision. Si l'avis n'avait pas été regardé comme une décision

¹⁶⁹ Art. 25 *octies* X de la loi du 13 juil. 1983, repris à l'art. L. 124-17 du CGFP.

¹⁷⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041540142/2021-02-02/>

¹⁷¹ CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 4 nov. 2020, *Maurice Gourdault-Montagne*, n° 440963, publié au *Lebon* ; AJDA 2021, p. 571, note Mangiavillano A.

¹⁷² Leur illégalité peut être soulevée par la voie de l'exception à l'appui du recours formé contre la décision finale prise au vu de l'avis. V. notamment la décision d'Assemblée du 26 oct. 2001, n° 216471, *M. et Mme Eisenchteter* (au *Lebon* p. 495).

susceptible de recours, le litige formé contre la décision finale prise par le ministre au vu de l'avis rendu par la HATVP aurait dû être porté devant le tribunal administratif de Paris, l'article R. 311-1 du CJA prévoyant que le Conseil d'État connaît en premier et dernier ressort uniquement « 3° des litiges concernant le recrutement et la discipline des agents publics nommés par décret du Président de la République ».

En outre, dans cet arrêt *Gourdault-Montagne*, le Conseil d'État a estimé que la HATVP n'était pas tenue de respecter le contradictoire : s'agissant d'une décision prise à la suite d'une demande formulée par l'intéressé, la procédure contradictoire prévue à l'article L. 121-1 du Code des relations entre le public et l'administration ne s'impose pas. Cet état du droit n'est pas satisfaisant. Dans la mesure où les avis d'incompatibilité ou de compatibilité avec réserves émis par la Haute Autorité « *lient l'administration et s'imposent à l'agent public* »¹⁷³, ils peuvent faire obstacle à un projet de reconversion professionnelle ou de création d'entreprise. Il est donc important que la Haute Autorité respecte le contradictoire, en permettant à l'agent de faire valoir son point de vue. L'obligation de respecter le contradictoire devrait être consacrée dans la loi.

✓ *Proposition n° 8*

Imposer au niveau législatif le respect du contradictoire dans la procédure devant la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

C. Le rôle du référent déontologue en matière d'alerte et de signalement

La loi du 20 avril 2016 confère également au référent déontologue une mission particulière, en matière de signalement des conflits d'intérêts. En pratique, celui-ci se voit également confier les fonctions de référent alerte. Il peut également intervenir dans le mécanisme de signalement créé par la loi du 6 août de transformation de la fonction publique.

1. Trois dispositifs distincts

Il convient de distinguer au moins trois mécanismes d'alerte ou de signalement dans le champ de la fonction publique : le premier, issu de la loi du 20 avril 2016, qui concerne spécifiquement les conflits d'intérêts, le second, plus général, issu de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et enfin, le dispositif de signalement des actes de violence, discrimination,

¹⁷³ Art. 25 *octies* X de la loi du 13 juil. 1983, repris à l'art. L. 124-15 du CGFP.

harcèlement et agissements sexistes, créé par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

Signalement du conflit d'intérêts.- L'article 6 *ter* A (CGFP, art. L. 135-1) protège l'agent public qui relate ou témoigne, de bonne foi, de faits susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'appréciation de la valeur professionnelle, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à son égard. La loi¹⁷⁴ semble imposer à l'auteur du signalement d'alerter préalablement son supérieur hiérarchique, tout en lui permettant de témoigner « *également* » de tels faits auprès du référent déontologue : « *dans le cas d'un conflit d'intérêts, le fonctionnaire doit avoir préalablement alerté en vain l'une des autorités hiérarchiques dont il relève. Il peut également témoigner de tels faits auprès du référent déontologue prévu à l'article 28 bis* ». L'article 8 du décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue précise que ce dernier apporte aux personnes intéressées tous conseils de nature à faire cesser la situation de conflit d'intérêts.

Alerte éthique.- 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, dite loi Sapin 2 (art. 6 à 8), a créé un mécanisme d'alerte éthique plus général, définissant le lanceur d'alerte comme « *une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ». L'agent public lanceur d'alerte bénéficie d'un statut protecteur mentionné à l'article 6 *ter* A de la loi de 1983, dans sa version issue de la loi Sapin 2¹⁷⁵. Ces dispositions législatives sont précisées par le décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État.

La loi Sapin 2 laisse à l'agent le choix de signaler l'alerte à son supérieur ou au référent désigné. La circulaire du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics précise en effet que « *sauf dans un cas de conflit d'intérêts, l'agent*

¹⁷⁴ L. 1983, art. 6 *ter* A ; CGFP, art. L. 135-3.

¹⁷⁵ CGFP, art. L. 135-1 et L. 135-2.

public, auteur d'un signalement dans la fonction publique peut donc s'adresser au destinataire de son choix, entre le supérieur hiérarchique direct ou indirect et le référent désigné ». La loi Sapin 2 a donc fait en sorte que le supérieur hiérarchique ne soit pas obligatoirement le destinataire des signalements mais seulement un destinataire possible. La circulaire recommande même expressément que le signalement de l'alerte soit porté à la connaissance du référent alerte, plutôt qu'à celle du supérieur hiérarchique. Elle précise que « *si l'auteur du signalement choisit de saisir son supérieur hiérarchique direct ou indirect, il est recommandé que le signalement soit transféré au référent alerte, sous réserve de l'accord de l'auteur et dans des conditions en garantissant la confidentialité. (...)* ».

Les fonctions de référent déontologue sont distinctes de celles du référent alerte¹⁷⁶. Toutefois, selon la circulaire du 19 juillet 2018, « *il est souhaitable, afin de donner toute la visibilité à ce dispositif de protection des agents auteurs de signalement, que les services et collectivités confient également au référent déontologue prévu par le décret n°2017-519 du 10 avril 2017 précité, les missions du référent alerte désigné selon les modalités prévues par le décret du 19 avril 2017 précité. Cette nomination est possible si le référent déontologue dispose également, de par son positionnement, de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants pour l'exercice des missions du référent alerte. Pour les collectivités affiliées à un centre de gestion, pour lesquelles la fonction de référent déontologue est d'ores et déjà une mission obligatoire du centre de gestion, la fonction de référent alerte pourra être assurée par le référent déontologue si le centre de gestion propose cette prestation au titre des missions facultatives.* » Selon cette circulaire, le référent déontologue a donc vocation à absorber les fonctions de référent conflits d'intérêts et de référent alerte.

Le cumul des fonctions de référent déontologue et référent alerte n'est pas évident en pratique. En effet, le référent déontologue, quels que soient son positionnement au sein de l'administration et ses compétences, a vocation à intervenir en amont de tout litige. Il s'agit de sensibiliser les agents au respect de leurs obligations déontologiques, en instillant, par la formation et l'information, une culture déontologique au sein de la fonction publique. Or, lorsqu'un agent entend signaler une alerte, cela suppose une situation litigieuse déjà constituée,

¹⁷⁶ Sur la multiplication des référents, v. not. Fournoux L. (de), « Le référent », RDP n° 6-2021 : « *On remarque en effet que nos référents se rapportent à des politiques publiques à la fois essentielles et actuelles – égalité, laïcité, déontologue, alerte éthique, handicap, etc. Leur mise en place est souvent le fruit de la pression du réel, qui rattrape le politique au travers d'affaires (pour le référent déontologue ou le référent alerte éthique) ou par l'accès à l'agenda politique de problèmes de société. Le constat est alors fait (au travers de rapports, notamment de l'insuffisante prise en considération de ces questions. Parmi les solutions proposées, la mise en place d'un référent est fréquente – même s'il faut garder à l'esprit la modestie du dispositif* ».

qui va conduire le référent déontologue à sortir de son rôle préventif. Saisi d'une alerte, le référent déontologue devra, non plus apporter un conseil utile au respect de ses obligations déontologiques par l'agent, mais prendre position, et s'il estime le signalement de l'alerte fondé, défendre un agent. En outre, le cumul des fonctions de référent déontologue et de référent alerte peut poser problème au regard du respect de la confidentialité qui entoure les échanges avec le référent déontologue. Dans le cadre d'une alerte dont il serait saisi par un agent, le référent déontologue pourrait être amené à révéler à la collectivité des faits concernant un autre agent qui se serait préalablement adressé à lui en tant que référent déontologue. Ses fonctions de référent alerte pourraient ainsi le conduire à rompre le secret professionnel auquel il est soumis en tant que référent déontologue. Mais il faut bien reconnaître que le cumul des fonctions de référent déontologue et référent alerte a l'avantage de la simplicité.

Signalement des actes de violence, discrimination, harcèlement et agissements sexistes.- La loi de transformation de la fonction publique a créé un nouveau dispositif qui a pour objet de recueillir les signalements des agents qui s'estiment victimes d'atteintes volontaires à leur intégrité physique, d'un acte de violence, de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel, d'agissements sexistes, de menaces ou de tout autre acte d'intimidation. Ce dispositif permet également de recueillir les signalements de témoins de tels agissements¹⁷⁷. Ces dispositions ont été précisées par le décret n° 2020-256 du 13 mars 2020 relatif au dispositif de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la fonction publique. Selon l'article 1^{er} de ce texte, ce dispositif implique de mettre en œuvre trois procédures distinctes : une procédure de recueil des signalements effectués par les agents s'estimant victimes ou témoins de tels actes ou agissements, une procédure d'orientation des agents s'estimant victimes de tels actes ou agissements vers les services et professionnels compétents chargés de leur accompagnement et de leur soutien, et enfin, une procédure d'orientation des agents s'estimant victimes ou témoins de tels actes ou agissements vers les autorités compétentes pour prendre toute mesure de protection fonctionnelle appropriée et assurer le traitement des faits signalés, notamment par la réalisation d'une enquête administrative.

¹⁷⁷ L. 1983, art. 6 *quater* A ; CGFP, art. L. 135-6.

2. Les différentes configurations : cumul ou dissociation des fonctions de référent déontologue, alerte et signalement

D'après les échanges qui ont eu lieu au sujet de ces différents mécanismes dans le cadre du réseau des référents déontologues des centres de gestion¹⁷⁸, on recense en pratique différentes configurations, selon que les fonctions de référent déontologue, alerte et signalement sont confiées à une même personne ou entité ou, au contraire, dissociées.

Cumul des trois fonctions par une seule personne.- Certains référents déontologues exercent également les fonctions de référent alerte et de référent signalement. C'est le cas, par exemple, pour les CDG de la région Occitanie ou le CDG 64 : leur référent déontologue est également référent alerte et référent signalement (harcèlement moral, violences sexistes, discriminations...). Dans une telle configuration, il est nécessaire de bien dissocier les différentes fonctions, notamment en créant des adresses courriel distinctes. En pratique, l'alerte et le signalement sont souvent confondus par les employeurs, par les agents, voire par les référents eux-mêmes. Les différents dossiers sur lesquels les référents déontologues ont été saisis au titre de l'alerte relèvent en fait du signalement, notamment au titre du harcèlement moral.

Participation du référent déontologue à une commission (ou cellule) « signalements ».- Le dispositif de signalement des actes de violence, discrimination ou harcèlement est souvent confiée à une commission (ou cellule spécifique) dont le référent déontologue (ou un membre du collège « Référent déontologue ») peut être membre avec d'autres personnes, notamment un médecin de prévention et un psychologue du travail. C'est la formule retenue par le CDG 59. La commission « signalements » est composée d'un chargé de mission dédié à ce dispositif, d'un médecin de prévention, d'un psychologue du travail et d'un membre du collège « Référent déontologue ». C'est également la solution retenue par l'université de Lille : une « cellule signalements » a été créée par arrêté du président de l'établissement en date du 4 novembre 2020. Cette cellule comprend 8 membres : un représentant du directeur général des services, deux représentants de la direction des affaires juridiques, deux représentants de la direction des relations humaines, le référent alerte (référent déontologue), un représentant de la Direction prévention des risques, un membre délégué par le Service santé au travail ou un membre délégué par le Service universitaire de médecine préventive et de promotion de la santé (SUMPPS). La cellule de signalement est chargée

¹⁷⁸ Séance du 26 nov. 2021 (en visioconférence).

d'examiner les éléments et pièces produits, de « qualifier » les faits, de proposer si nécessaire un entretien avec l'auteur du signalement, et d'établir, avec son accord, un rapport circonstancié formulant des préconisations de prise en charge, transmis au président de l'université. L'auteur du signalement est informé des suites qui sont envisagées et des mesures d'accompagnement et de soutien qui lui sont proposées. Sur la base du rapport circonstancié, le président de l'université prend toutes les mesures qui s'imposent, avec l'appui des directions et des services compétents, et les dispositifs d'accompagnement et de soutien de l'auteur du signalement sont mobilisés. Un suivi des situations signalées et des suites qui leur sont réservées est réalisé annuellement et présenté au CHSCT de l'université.

Binôme référent déontologue/juriste et psychologue du travail.- Le choix a parfois été fait, comme au CDG 76 de confier le dispositif « signalement » à un binôme formé d'une part, par le référent déontologue, juriste du centre de gestion, et un psychologue du travail. Cette formule met en avant la nécessité d'une double approche des signalements, à la fois juridique (il s'agit de s'assurer que les faits signalés constituent bien des actes de violence, discrimination, harcèlement et agissements sexistes) et médicale (la victime de ces actes a souvent besoin d'un accompagnement par un médecin ou un psychologue).

Dissociation et externalisation du dispositif de signalement.- Enfin, certains référents déontologues n'exercent pas – et ne souhaitent pas exercer – la fonction de référent alerte ou prendre part au dispositif de signalement des actes violence, discrimination, harcèlement et agissements sexistes. Par exemple, au CDG 69 (et par voie de mutualisation, CDG 15, 26, 38, 43), la référente déontologue n'exerce pas les fonctions de référent alerte. Le dispositif de signalement a été confié, par le biais d'un marché public, à un cabinet d'avocats, qui reçoit et qualifie juridiquement les faits signalés sur une plateforme en ligne puis formule des préconisations en direction du signalant (victime ou témoin) et de la collectivité. Les avocats sont en effet de plus en plus nombreux à investir le marché de l'alerte et signalement et proposent aux entreprises comme aux entités publiques des procédures clefs en main. On peut néanmoins regretter que la personne publique perde ainsi la maîtrise d'un processus alors qu'elle dispose des compétences nécessaires en interne.

Dépaysement.- Le choix a parfois été fait de dépayser le signalement. Ainsi, les centres de gestion normands (Calvados, Eure, Manche et de l'Orne, Seine-Maritime) se sont associés pour gérer le dispositif de signalements. La demande est traitée au plan régional, en dehors du département de la collectivité d'origine. Dans le même sens, le CDG 59 envisage de passer une

convention avec l'université de Lille et pourrait ainsi confier le traitement des signalements de ses agents à la cellule signalement de l'université.

3. Le traitement des signalements

Le référent ou la commission chargée de gérer les signalements des actes de violence, discrimination, harcèlement et agissements sexistes constitue une sorte de courroie de transmission entre la victime et l'employeur.

Recevabilité et instruction.- L'examen de la recevabilité est généralement dissocié de l'instruction, lorsque le choix de la collégialité a été fait. C'est le cas par exemple à l'université de Lille où la Maison de la médiation de l'université est le guichet unique de déclaration des signalements et assure la coordination administrative de l'ensemble des signalements. Lorsque le référent déontologue gère, seul ou en binôme, le dispositif de signalement, il est en principe chargé d'examiner la recevabilité du signalement puis de l'instruire. Si le signalement est recevable, le référent examine le signalement reçu, ainsi que ses éventuelles pièces annexes et propose à la victime, dans un cadre garantissant son anonymat, un entretien. L'objectif de cet entretien est d'informer la victime de ses droits, des procédures et des suites possibles, et de l'orienter vers des professionnels qui proposent un accompagnement médical, psychologique et juridique. Si nécessaire, un tel entretien pourra également être proposé à l'auteur du signalement (si ce n'est pas la victime), à l'auteur présumé des faits ou à un témoin. Dans le cas où la victime refuse un tel entretien, le référent a la charge de lui transmettre, par tous moyens appropriés, des informations concernant ses droits, les procédures et les suites possibles, ainsi que les coordonnées des professionnels susceptibles de l'accompagner. À l'issue de la phase d'instruction, le référent produit un rapport anonymisé, indiquant les obligations et préconisations destinées à l'employeur de la victime ou du témoin (mesures conservatoires pour faire cesser les faits, enquête administrative interne, mesures pour que la victime ne subisse pas de représailles, etc.). Selon les circonstances, la nature des faits signalés, le positionnement hiérarchique de la victime et de l'auteur présumé des faits, chaque préconisation est soumise à un délai, permettant d'apporter des réponses le plus rapidement possible. Ce rapport est notifié à l'employeur de la victime et/ou à l'employeur du témoin, puis à l'employeur de l'auteur présumé, en ayant auparavant pris son attache afin de déterminer le moyen le plus sûr de garantir la confidentialité des informations contenues, et l'application des préconisations. Le référent est également chargé de contrôler les suites données par l'employeur concerné aux

préconisations formulées dans le rapport, dans quels délais, et si d'autres suites, notamment disciplinaires ou judiciaires, ont été données.

Distinction de l'instruction et de l'enquête administrative.- Dans le cadre de l'instruction du signalement, le référent ou la commission « signalements » examine les pièces produites à l'appui du signalement. Ils sont souvent confrontés à des signalements insuffisamment étayés et sont ainsi conduits à demander au signalant des pièces complémentaires. Ils peuvent également obtenir des éléments supplémentaires dans le cadre d'un entretien avec le signalant. À l'issue de la phase d'instruction, le référent ou la commission signalements formulent des préconisations à l'employeur et peut notamment l'inviter à diligenter une enquête administrative. C'est à l'autorité hiérarchique qu'il revient de décider d'ouvrir une enquête. Toutefois, à défaut de disposer des moyens nécessaires pour mener à bien cette enquête, elle peut avoir recours aux prestations proposées par les centres de gestion : ceux-ci sont de plus en plus nombreux à proposer à leurs collectivités affiliées ou non affiliées des mécanismes d'enquête, soit dans le cadre de la procédure disciplinaire, soit dans le cadre du signalement.

Confidentialité.- Le référent ou la commission « signalements » agit dans le respect de l'obligation de confidentialité. S'il dévoile l'identité de la victime, notamment pour permettre à l'employeur de prendre des mesures, c'est toujours avec l'accord (écrit) de celle-ci. De la même façon, si le référent ou la commission « signalements » transmet le dossier au procureur de la République sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale, c'est encore avec l'accord de la victime. Ces dispositions imposent à « *toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit (...) d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ». Elles supposent donc que le référent signalement ait acquis la connaissance d'un délit (de harcèlement sexuel ou moral, de discrimination, etc.). Il ne peut s'appuyer sur de simples allégations. Par ailleurs, certains référents soulignent que la transmission doit être effectuée même si, *in fine*, un non-lieu est prononcé et regrettent que la justice pénale ne donne pas davantage de suite aux dossiers qui lui sont transmis. Ils s'interrogent aussi sur l'effectivité de la responsabilité disciplinaire : les faits constitutifs d'actes de violence, discrimination, harcèlement ou agissement sexiste ne sont pas systématiquement sanctionnés sur le plan disciplinaire, loin s'en faut.

4. L'absence d'effectivité du mécanisme général d'alerte éthique

Le dispositif « signalements » semble effectif, avec des saisines régulières du référent ou de la commission compétents, portant notamment sur des faits de harcèlement moral ou d'agissements sexistes. En revanche, tel n'est pas le cas de l'alerte éthique (loi Sapin 2), en tout cas d'après les référents déontologues qui exercent le rôle de référent alerte. L'absence d'alerte, notamment dans le champ de la passation des contrats publics, interroge. D'ailleurs, selon le rapport d'activité 2020 de l'association « La Maison des lanceurs d'alerte », le nombre de demandes d'assistance reçues par la permanence juridique a pratiquement doublé avec 190 sollicitations. Or, parmi celles-ci, 39% émanent du secteur public, ce qui montre bien qu'il y a, au sein de la fonction publique, des faits susceptibles d'être signalés par des agents. Certains soulignent, à l'instar des organisations syndicales, que le mécanisme d'alerte de la loi Sapin 2 est davantage destiné à sanctionner les agents qui n'utilisent pas le canal d'alerte, qu'à inciter les agents à alerter. La peur des représailles de la part de l'employeur est toujours profondément ancrée, à tel point qu'il est courant d'entendre dire qu'avant d'alerter, il faut d'abord avoir trouvé une mutation. Comme le souligne le Défenseur des droits¹⁷⁹, la loi Sapin 2 n'a pas suffisamment encadré les conditions de prise en charge et de suivi de l'alerte ce qui constitue un frein majeur à leur développement. La transposition de la directive (UE) 2019/1937 du Parlement et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, permettra peut-être de renforcer l'efficacité du dispositif.

¹⁷⁹ Avis du Défenseur des droits n°20-12, 16 déc. 2020.

Conclusion du titre 1^{er}

D'abord simple conseiller des agents, le référent déontologue est monté en puissance avec la loi de transformation de la fonction publique, puisqu'il peut désormais être saisi par l'autorité hiérarchique lorsque celle-ci a un doute sérieux sur la compatibilité de la nomination d'une personne venant du secteur privé, d'un projet de création d'entreprise ou de départ vers le secteur privé d'un agent public, avec les principes déontologiques de la fonction publique. Louis de Fournoux¹⁸⁰ voit dans cette évolution une forme de banalisation de la figure, qui « contribue (...) à le transformer en une autorité consultative très classique, voire banale ». L'auteur s'interroge ainsi sur l'existence d'un « "plafond de verre" au renforcement du référent : celui-ci ne peut se consolider qu'en abandonnant l'idée première qui présidait à sa mise en place ». Le référent déontologue demeure cependant une figure originale et même iconoclaste au sein de la fonction publique. D'abord, placé hors hiérarchie, il reste toujours investi de sa mission originelle de conseil auprès des agents, même après la loi de transformation de la fonction publique. Ensuite, dépourvu de pouvoir de sanction, il n'est saisi par l'autorité hiérarchique, non pas de manière systématique, mais uniquement si celle-ci a un doute sérieux, avant une éventuelle saisine de la Haute Autorité. Cette seconde mission reste donc conforme à l'esprit de l'institution : il s'agit encore d'insuffler la culture de la déontologie au sein de l'administration grâce à un dialogue de proximité. Ensemble, le référent déontologue et l'autorité hiérarchique s'interrogent sur le respect des exigences déontologiques et la nécessité de saisir la Haute Autorité.

Il n'en demeure pas moins que si le référent est toujours cette figure modeste, sa place au sein de l'écosystème des contrôles déontologiques nécessite d'être confortée. En particulier, ses rapports avec la Haute Autorité comme avec les autorités hiérarchiques doivent être renforcés. Il faut notamment imposer à l'autorité hiérarchique d'accuser réception de l'avis rendu par le référent déontologue et de l'informer des suites qu'elle entend lui donner. Il convient également d'associer davantage le référent déontologue à la suite de la procédure auprès de la Haute Autorité, une fois qu'il a rendu son avis.

¹⁸⁰ Fournoux L. (de), « Le référent », *RDP* 6-2021, p. 1459.

Titre 2. L'exercice d'activités privées par les agents publics, au cœur des missions du référent déontologue

Le référent déontologue est compétent pour conseiller les agents sur l'ensemble des obligations déontologiques mentionnées dans le statut : dignité, impartialité, probité, intégrité, neutralité, laïcité, égalité de traitement des personnes, prévention des conflits d'intérêts, règles en matière de cumul d'emplois et d'activités, secret et discrétion professionnels, obligation d'obéissance hiérarchique, obligations déclaratives (déclarations d'intérêts ou de situation patrimoniale).

Il est saisi de questions diverses. S'agissant de l'obligation d'obéissance hiérarchique, les agents lui demandent par exemple s'ils peuvent refuser d'exercer une nouvelle mission qui leur serait confiée par leur supérieur et qui n'est pas mentionnée dans leur fiche de poste ; s'ils peuvent démissionner de leurs fonctions de régisseur ; dans quelle mesure et de quelle façon ils peuvent contester une décision prise par leur hiérarchie, etc.

Le référent déontologue est également régulièrement saisi de questions portant sur la thématique des conflits d'intérêts (en dehors des cas de cumul d'activités, création d'entreprise et départ vers le secteur privé), concernant par exemple les mesures à prendre pour un agent dont le conjoint est élu au sein de la collectivité, ou encore la possibilité d'investir dans le capital d'une société liée par contrat avec sa collectivité employeur.

À l'approche des élections, le référent déontologue répond à des questions portant sur les inéligibilités et incompatibilités posées par des agents qui souhaitent se porter candidats, ainsi que sur des questions concernant le respect de la confidentialité et du devoir de réserve.

En revanche, la thématique « laïcité/neutralité », alors que le sujet est à la fois politisé et médiatisé et donne lieu à des contentieux devant le juge administratif, ne suscite que rarement la saisine du référent déontologue¹⁸¹.

Mais bien que sa compétence soit générale, s'étendant à l'ensemble des obligations déontologiques des agents, le référent déontologue est principalement sollicité sur la possibilité

¹⁸¹ La référente déontologue désignée par le CDG 69 a été saisie de 2 questions seulement portant sur le respect de l'obligation de neutralité ou l'application du principe de laïcité en 2019, 0 en 2020 et une seule en 2021. Les échanges dans le cadre du réseau des référents déontologues des CDG confirment l'absence de saisine dans le champ de la laïcité.

pour un agent public d'exercer des activités privées lucratives, soit en cumul avec ses fonctions publiques, soit après avoir quitté, temporairement ou définitivement la fonction publique. L'exercice d'activités privées par les agents publics se trouve ainsi au cœur des missions du référent déontologue.

Une part importante – et même majoritaire – des saisines porte sur le cumul d'activités, qu'il s'agisse de l'exercice d'une activité dite « accessoire », de la création ou reprise d'une entreprise ou d'activités qui peuvent être exercées sans autorisation, telles que la production d'œuvres de l'esprit ou d'activités relevant de la gestion du patrimoine familial et personnel. Par exemple, sur 121 saisines traitées en 2021 par la référente déontologue désignée par le CDG 69, 54 émanant des agents et, dans une moindre mesure de leurs autorités hiérarchiques, portaient sur des projets de cumul d'activités professionnelles¹⁸². Le référent déontologue accompagne les agents en leur indiquant si et à quelles conditions ils peuvent mener à bien leur projet de cumul d'activités ou de création d'entreprise (Section 1).

L'autre grande thématique traitée par le référent déontologue concerne les projets de départ vers le secteur privé, qui peuvent lui être soumis soit directement par les agents, soit par l'autorité hiérarchique depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi de transformation de la fonction publique. Ainsi, en 2021, la référente déontologue du CDG 69 a traité 9 saisines émanant d'agents concernant un projet de départ vers le secteur privé, ainsi que 7 saisines émanant des autorités territoriales et justifiées par un doute sérieux sur la compatibilité du projet de l'agent avec les fonctions publiques précédemment exercées¹⁸³. Certes moins nombreuses, ces saisines formées par les autorités territoriales requièrent, de la part du référent déontologue, un travail d'instruction et de rédaction bien plus long que pour les réponses aux agents, dont les demandes portent généralement sur des projets moins aboutis (Section 2).

¹⁸² Selon le rapport d'activité 2020 de la référente déontologue désignée par le CDG 69, 39 saisines portaient sur des projets de cumul d'activités, sur 75 saisines effectuées par des agents au cours de l'année 2020. Il faut ajouter à cela 2 saisines émanant d'autorités territoriales sur le fondement des dispositions issues de la loi TFP, concernant des projets de création d'entreprise en cumul avec les fonctions publiques.

¹⁸³ Sur les 85 saisines traitées en 2020 par la référente déontologue désignée par le CDG 69, 17 saisines concernent des projets de départ vers le secteur privé : 9 émanent des agents, 8 de l'autorité territoriale.

Section 1. Les projets de cumul d'activités des agents publics

En principe, « *le fonctionnaire consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit* ». Soumis à l'obligation d'exclusivité, ce n'est donc qu'à titre dérogatoire que l'agent public peut exercer, en cumul avec ses fonctions publiques, une activité privée à titre professionnel. Les possibilités de cumul sont ainsi limitées.

Les règles encadrant le cumul d'activités par les agents publics sont actuellement fixées par l'article 25 *septies* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, complétées par celles du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique. Les dispositions de l'article 25 *septies* I de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires sont reprises dans des articles distincts du Code général de la fonction publique. L'obligation de se consacrer intégralement à l'exercice de ses fonctions ou obligation d'exclusivité figure à l'article L. 121-3 du CGFP selon lequel « *l'agent public consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées* ». Les règles encadrant le cumul d'activités sont rassemblées dans un chapitre distinct du Code (art. L. 123-1 à L. 123-10). L'interdiction d'exercer une activité privée lucrative apparaît à l'article L. 123-1, al. 1^{er} aux termes duquel « *l'agent public ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit sous réserve des dispositions des articles L. 123-2 à L. 123-8* ».

En dehors de ces règles générales, il existe par ailleurs de nombreuses dispositions spécifiques encadrant le cumul d'activités de certaines catégories d'agents, notamment pour les personnels de la recherche¹⁸⁴ ou les praticiens hospitaliers¹⁸⁵. Ces règles spéciales ne seront pas étudiées ici.

¹⁸⁴ V. dans le Code de la recherche, les dispositions relatives à la participation des personnels de la recherche à la création d'entreprises (art. L531-1 à L531-5).

¹⁸⁵ V. not., dans le Code de la santé publique, art. L. 6152-4 et art. L. 6154-1 et s., concernant l'activité libérale des praticiens temps plein. L'ordonnance n° 2021-292 du 17 mars 2021 visant à favoriser l'attractivité des carrières médicales hospitalières assouplit, à compter du 1^{er} janvier 2022, autorise les praticiens, exerçant jusqu'à 90%, à développer une activité privée lucrative en dehors de leurs obligations de service, dans le secteur public ou privé. Cette activité devra simplement être déclarée au directeur de l'établissement dont l'intéressé relève. L'ordonnance élargit également les conditions d'exercice d'une activité libérale intra-hospitalière. Réservé auparavant aux praticiens hospitaliers à temps plein, ce droit est désormais ouvert aux praticiens hospitaliers en période probatoire, ainsi qu'aux praticiens hospitaliers exerçant leurs fonctions entre 80 % et 100 %. L'article

Parce qu'il présente un caractère dérogatoire au regard de l'obligation d'exclusivité, le régime encadrant le cumul d'activités des agents publics est particulièrement complexe (§ 1), ce qui explique que les agents se tournent régulièrement vers leur référent déontologue pour savoir à quelles conditions ils peuvent exercer telle ou telle activité lucrative en cumul avec leurs fonctions publiques (§ 2).

§ 1. Un cadre juridique complexe en raison du caractère dérogatoire du cumul

Dans l'ensemble, les dispositions encadrant le cumul d'activités par les agents publics restent largement inspirées du premier texte général encadrant le cumul d'activités par les agents publics, le décret-loi du 29 octobre 1936 (B), qui s'inscrit dans la lignée de textes précurseurs (A). Ce texte a connu une pérennité exceptionnelle puisqu'il ne sera abrogé qu'en 2007, par la loi de modernisation de la fonction publique. Cette dernière renforce les contrôles déontologiques afin d'encourager les échanges entre secteur public et secteur privé et favoriser la création d'entreprise par les agents publics (C). La loi du 20 avril 2016, qui donne naissance au référent déontologue, opère un retour en arrière et restreint en conséquence les possibilités de cumul d'activités sensiblement élargies en 2007 (D). Si, comme on l'a vu, la loi de transformation de la fonction publique modifie en profondeur le cadre institutionnel des contrôles déontologiques en supprimant la Commission de déontologie de la fonction publique, elle n'apporte sur le fond aucun changement majeur (E).

A. Les textes précurseurs

Comme l'explique le professeur Emmanuel Aubin, la « *maladie du deuxième métier* » est apparue dans les années 1930 en France, lorsqu'il n'existait pas encore de statut général de la fonction publique¹⁸⁶. En 1926, le Conseil d'État rappelle à l'administration qu'il lui

L. 6152-5-1 II du Code de la santé publique issu de l'ord. du 17 mars 2021 interdit aux praticiens exerçant à temps partiel d'user de leurs fonctions hospitalières pour entrer en concurrence directe avec l'établissement public de santé dans lequel ils exercent à titre principal dans le cadre d'une activité rémunérée dans un établissement de santé privé à but lucratif, un cabinet libéral, un laboratoire de biologie médicale privé ou une officine de pharmacie. La décision d'exercice à temps partiel du praticien peut comprendre une interdiction d'exercer une activité rémunérée dans un rayon maximal de dix kilomètres autour de l'établissement public de santé dans lequel il exerce à titre principal.

¹⁸⁶ Aubin E., *La déontologie dans la fonction publique*, Gualino, 2^e éd., 2019, p. 116.

appartient de « *veiller à ce que les fonctionnaires s'acquittent correctement et intégralement de leurs fonctions et notamment ne se livrent pas à des opérations commerciales* »¹⁸⁷.

Les premiers textes adoptés en vue de supprimer ou de limiter les cumuls dans les fonctions publiques ne concernent que le cumul de fonctions, retraites ou traitements publics, mais non celui de fonctions publiques avec des emplois privés¹⁸⁸. Le premier texte encadrant le cumul est la loi sur les finances du 28 avril 1816 dont l'article 78 limite le cumul de rémunérations publiques¹⁸⁹. Sous la Monarchie de Juillet, le cumul de fonctions publiques est fermement condamné par Vivien, dans ses *Études administratives* : celui-ci « *ne peut s'appuyer sur aucune raison sérieuse. Pourquoi concentrer sur un seul des avantages qui peuvent être répartis entre plusieurs ?* »¹⁹⁰.

Dans le même sens, un décret-loi du 4 avril 1934 relatif aux règles de cumul en matière de traitements limite encore l'exercice simultané de plusieurs fonctions publiques et le cumul de plusieurs traitements. Son article 1^{er} énonce : « *Nul ne pourra exercer simultanément plusieurs fonctions rémunérées à la nomination de l'État, des départements, colonies, pays de protectorat et territoires à mandat, des communes, des offices nationaux et de tous les établissements publics. Il ne pourra être dérogé à cette règle que dans les cas où il sera établi que le cumul n'est préjudiciable à aucun des services intéressés. Dans ce cas, le cumul ne pourra porter sur plus de deux fonctions. Les dérogations devront être prononcée sur avis conforme d'une commission dont la composition sera fixée par décret* ». Selon l'article 2, « *les agents autorisés à cumuler deux fonctions, places, emplois ou commissions dans les conditions définies à l'article 1^{er}, ne pourront, en aucun cas, cumuler intégralement les traitements y afférents. Le moindre des deux traitements considérés sera réduit au quart* ».

¹⁸⁷ CE, 21 juil. 1926, *Caroillon de Villecourt*, p. 765.

¹⁸⁸ Ces textes sont cités par Jérôme Biart dans sa thèse de droit public, *Les incompatibilités dans la fonction publique*, Université Sorbonne Paris Cité, 2015, (dir. E. Desmons), p. 86.

¹⁸⁹ 78. *Nul ne pourra cumuler en entier les traitemens de plusieurs places, emplois ou commissions, dans quelque partie que ce soit : en cas de cumul de deux traitemens, le moindre sera réduit à moitié ; en cas de cumul de trois traitemens, le troisième sera en outre réduit au quart, et ainsi en suivant cette proportion.*

Il n'est toutefois dérogé à aucune disposition des lois sur l'incompatibilité de certaines fonctions.

La réduction portée par le présent article n'aura pas lieu pour les traitemens cumulés qui seront au-dessous de trois mille francs.

¹⁹⁰ Alexandre-François Auguste Vivien, *Études administratives*, Paris, Guillaumin, Libraire, 1845, p. 131-133.

Adopté en réaction à l'affaire *Stavisky*¹⁹¹, l'article 3 de ce texte concerne cependant l'exercice d'activités privées par les agents publics, interdisant aux agents publics l'exercice de certaines fonctions au sein des sociétés commerciales, industrielles ou financières¹⁹².

C'est par une série de décrets du 28 août 1935 qu'est consacrée, pour la première fois, l'interdiction pour les fonctionnaires des administrations centrales des différents ministères « *soit d'exercer une profession industrielle ou commerciale, soit de remplir un emploi privé rétribué, soit d'effectuer, à titre privé, un travail moyennant rémunération* ». Les justifications d'une telle interdiction sont clairement exposées dans le rapport au Président de la République qui accompagne les projets de décrets. Il s'agit d'abord de lutter contre le chômage : « *Le chômage, dont souffre un si grand nombre de Français, impose en effet aux fonctionnaires publics, déjà pourvus d'un traitement, l'obligation de se consacrer uniquement à l'exercice de leur fonction et de s'abstenir, en principe, de toute activité privée donnant lieu à rémunération* ». Selon ce rapport, divers ministres ont déjà fait appel, à plusieurs reprises, par voie de circulaire, « *aux sentiments de solidarité nationale des fonctionnaires, afin qu'ils s'abstiennent de faire concurrence aux travailleurs des professions privées* ». Mais le Gouvernement a estimé que des circulaires ne suffisaient pas pour que ces recommandations soient suivies d'effet et qu'une interdiction de cumul devait être inscrite dans le statut même de chaque personnel afin que les sanctions réglementaires puissent être mises en jeu. En outre, selon le rapport, l'interdiction est également justifiée par la dignité de la fonction publique : « *le Conseil d'État (...) a observé qu'en cette matière le chômage n'était pas seul en cause ; que ce qui fait la dignité de la fonction publique, c'est que l'exercice de celle-ci résulte d'une vocation de son titulaire à examiner toutes choses sous l'angle de l'intérêt général et que cette disposition de l'esprit est éminemment propre, si elle est cultivée, à développer les qualités morales du fonctionnaire public. S'il met son savoir ou son expérience au service d'intérêts privés, le fonctionnaire public risque d'être entraîné à sacrifier à ceux-ci l'intérêt général dont il est le gardien. Le souci permanent de la discipline de la fonction publique s'allie ainsi aux nécessités passagères d'ordre économique et social pour imposer certaines restrictions à l'activité privée des fonctionnaires, alors même qu'ils satisferaient à toutes les obligations de leurs fonctions.* » Le Conseil d'État a considéré que l'interdiction du cumul de l'activité privée

¹⁹¹ Jean-Pierre D., *L'éthique du fonctionnaire civil, préc.*, p. 94.

¹⁹² « *L'exercice des fonctions de directeur administrateur, membre du conseil de surveillance, gérant, associé responsable, secrétaire, conseil technique, juridique ou fiscal, des sociétés commerciales, industrielles ou financières, est interdit aux agents en possession d'un traitement d'activité des personnes morales indiquées à l'article 1^{er}. Cette interdiction ne s'applique, toutefois pas aux administrateurs désignés par l'État dans les sociétés d'économie mixtes ou représentant l'État dans des sociétés dont il détient une partie du capital social* ».

avec l'activité publique devait s'étendre à toutes les formes d'activités privées. C'est ainsi qu'en ce qui concerne l'exercice d'une profession industrielle ou commerciale, l'interdiction ne saurait être contournée par aucun moyen tel que celui qui consisterait de la part d'un fonctionnaire à faire tenir un commerce ou une industrie par sa femme ou par une tierce personne. L'interdiction de remplir un emploi privé rétribué doit s'appliquer à tout emploi comportant non seulement un paiement en espèces, mais encore des avantages de nature quelconque.

Si l'interdiction est générale, elle comporte néanmoins quelques restrictions, suivant les recommandations du Conseil d'État. L'interdiction « *ne s'applique pas à la production des œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques* » car, selon le rapport, « *ni la discipline de la fonction, ni l'ordre économique et social ne sont intéressés à ce qu'une restriction quelconque soit apportée à l'exercice d'une activité de cette nature* ». En outre, les agents peuvent, moyennant l'agrément du ministre concerné, être autorisés à dispenser des enseignements. Le Conseil d'État a en effet estimé, que « *pour assurer aux services publics le meilleur recrutement possible, il convient de ne pas mettre obstacle à ce que les fonctionnaires publics puissent donner, dans des établissements privés, un enseignement dont le niveau ou la spécialisation justifieraient l'appel qui serait fait à leur talent. Mais cette faculté ne doit pas donner lieu à des abus ; elle ne sera donc exercée qu'avec l'agrément du ministre qui appréciera les circonstances de chaque espèce* ». Enfin, une disposition prévoit la possibilité de déroger à l'interdiction « *exceptionnellement et pour chaque cas par une décision du ministre, laquelle, prise à titre précaire, sera toujours révocable dans l'intérêt du service* ».

B. Le décret-loi du 29 octobre 1936, texte fondateur

La crise économique et le chômage ont conduit à l'adoption d'un décret-loi du 2 juillet 1935 relatif à la recherche et à la suppression des cumuls, qui a prescrit, à travers tout le territoire, une vaste enquête confiée à des membres du Conseil d'État et de l'inspection générale des finances et a chargé une commission composée de membres des grands corps de l'État et de hauts fonctionnaires de centraliser le résultat de cette enquête et de proposer toutes réformes qui lui paraîtraient pertinentes. Au terme de cette enquête, des décrets devaient être pris fixant les conditions de cumul de fonction publique principale et de fonction publique accessoire rémunérée, les règles suivant lesquelles peuvent se cumuler traitement principal et rémunérations accessoires, et les conditions dans lesquelles des retraités peuvent être autorisés à exercer des fonctions ou emplois publics. Comme le précise le rapport accompagnant le projet

de texte qui deviendra le décret-loi du 29 octobre 1936, « *par suite de diverses circonstances, les décisions à prendre furent ajournées. Aussi, le Gouvernement actuel a repris la question et a obtenu par la loi du 20 juin 1936, les pouvoirs nécessaires pour régler des situations qui soulevaient les protestations souvent justifiées de l'opinion publique* ».

Le décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions est ainsi le premier texte général, applicables aux agents de l'État comme à ceux des collectivités locales, qui pose le principe de l'interdiction pour les agents publics d'exercer une activité privée à titre professionnel et lucratif. Son article 1^{er} énonce « *il est interdit aux fonctionnaires, agents et ouvriers des services publics de l'État, des départements, communes, offices ; établissements publics et colonies, d'exercer une profession industrielle ou commerciale, d'occuper un emploi privé rétribué, ou d'effectuer à titre privé un travail moyennant rémunération* ». Selon les termes du rapport au président de la République qui accompagnait le projet de décret, signé par Léon Blum, président du conseil, « *Ce texte reflète le souci de faire cesser certains excès, de libérer le plus grand nombre possible d'emplois tout en tenant compte dans une mesure raisonnable des situations acquises* ».

Le décret-loi de 1936 (art. 3) prévoit toutefois trois séries d'exceptions ou dérogations à l'interdiction d'exercer une activité privée à titre professionnel et lucratif, que l'on retrouve aujourd'hui, peu ou prou, dans l'état du droit actuel :

- « *la production des œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques* » ;
- les expertises et consultations, sur autorisation du chef de service ou la demande d'une autorité administrative ou judiciaire, à condition qu'elles ne soient pas exercées contre l'État ou la collectivité concernée ; ainsi que les enseignements « *ressortissant à leur compétence* » ;
- l'exercice par les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et de l'administration des beaux-arts, des « *professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions* ». Le texte leur interdit toutefois « *de donner des consultations, de procéder à des expertises et de plaider en justice dans les litiges intéressant une des administrations visées à l'article 1er, à moins qu'ils n'exercent leurs fonctions à son profit* ».

Les statuts successifs de la fonction publique consacrent l'interdiction, pour tout fonctionnaire, « *d'exercer à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit* » (art. 9 du statut de 1946 ; art. 8 du statut de 1959 ; art. 25 de la loi du 13 juillet 1983. Dans la lignée des précédents statuts, l'article 25 la loi du 13 juillet 1983 édicte ainsi une

prohibition générale : « *les fonctionnaires 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. Les conditions dans lesquelles il peut être exceptionnellement dérogé à cette interdiction sont fixées par décret en Conseil d'État* ». Le même article interdit également aux fonctionnaires de prendre des intérêts susceptibles de compromettre leur indépendance dans des entreprises qui sont contrôlées ou en relation avec leur administration.

Le décret d'application prévu par cet article n'ayant jamais été adopté, les mesures réglementaires d'application sont longtemps restées celles fixées par le décret-loi du 29 octobre 1936, qui mêle donc dispositions de nature législative et de nature réglementaire. Il est resté, jusqu'à son abrogation en 2007, « *le mode d'emploi du principe de non-cumul et de ses dérogations* »¹⁹³.

La règle de non-cumul figurait également à l'article L. 324-1 du Code du travail, aux termes duquel « *il demeure interdit dans les conditions fixées par les dispositions en vigueur aux fonctionnaires, agents et ouvriers des services publics de l'État, des départements et des communes, offices et établissements publics, aux personnels commissionnés aux (ou) titulaires de la société nationale des chemins de fer français ou des réseaux de chemin de fer d'intérêt local et autres services concédés, compagnies de navigation aériennes et maritimes subventionnées, régies municipales et départementales, directes ou indirectes, ainsi qu'au personnel titulaire des organismes de sécurité sociale, d'occuper un emploi privé rétribué ou d'effectuer à titre privé, un travail moyennant rémunération. /Demeurent notamment applicables les dispositions du décret modifié du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites et de rémunérations et de fonctions* ». La violation des dispositions de l'article L. 324-1 est pénalement sanctionnée (articles L. 324-3 et R. 362-4 du même code : contravention de 5^{ème} classe). Mais, en l'absence de disposition expresse la prévoyant, aucune nullité de la convention de droit privé ne peut être retenue.

En 1998, le Conseil d'État a été chargé par le Premier ministre d'étudier les anomalies résultant de l'application du décret-loi du 29 octobre 1936 et de proposer les mesures qui permettraient de restaurer une réglementation mieux adaptée aux impératifs et aux principes auxquels doivent obéir les missions de l'État et le fonctionnement du service public. Le Conseil d'État a considéré qu'il n'était pas nécessaire de bouleverser la réglementation du cumul d'une

¹⁹³ Chambon F., Gaspon O., *La déontologie administrative. Des valeurs du service public à un management de la prévention des risques*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2^e éd., 2015, p. 145.

activité publique avec une activité privée, les objectifs et le cadre du décret-loi du 29 octobre 1936 restant, dans l'ensemble, adaptés à la situation actuelle : interdiction de principe d'exercer une activité privée, dérogations limitées ouvertes par autorisation du supérieur hiérarchique, faculté d'exercer des activités publiques accessoires, plafonnement des rémunérations publiques. Le Conseil d'État soulignait ainsi en conclusion que « *c'est l'application de cette réglementation qui est gravement défailante. Elle est parfois inappliquée, souvent mal appliquée, et même inapplicable, les administrations l'interprétant de façon variable et éprouvant par exemple de grandes difficultés devant la définition de l'emploi public ou du calcul du plafond de rémunérations publiques* ». En conséquence, le Conseil d'État proposait simplement d'actualiser et clarifier la réglementation pour rendre son application plus facile et de supprimer la notion de cumul d'emplois publics¹⁹⁴.

C. La loi du 2 février 2007 : l'assouplissement du régime

Le décret-loi de 1936 sera finalement abrogé par la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique. Si elle lui apporte de nouvelles dérogations, la loi de 2007 commence par rappeler le principe selon lequel « *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* ». Elle maintient également l'interdiction de prise d'intérêts. L'article 25, dans sa version issue de la loi du 2 février 2007, interdit par ailleurs deux autres types d'activités privées, qu'elles soient lucratives ou non. D'une part, il interdit aux fonctionnaires de participer « *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* ». Cette prohibition consacre la jurisprudence administrative en la matière, le Conseil d'État ayant estimé que la gestion d'une société poursuivant un but lucratif, même quand l'agent ne perçoit aucune rémunération, peut être considérée comme une activité privée lucrative¹⁹⁵. D'autre part, cet article interdit les interventions – consultations, expertises et plaidoiries – dans les litiges intéressant toute personne publique, y compris devant les juridictions étrangères ou internationales. Par exemple, un enseignant exerçant comme avocat ne peut assister un administré dans un litige qui l'oppose à l'administration. L'interdiction n'est

¹⁹⁴ Conseil d'État, section du rapport et des études, *Le cumul d'activités et de rémunération des agents publics*, 30 nov. 1998.

¹⁹⁵ CE, 15 déc. 2000, *Min. de l'éducation nationale c. Guichard*.

toutefois pas applicable lorsque ces prestations sont effectuées pour le compte d'une personne publique, car son but est de protéger l'administration. Ces dispositions constituent une reformulation de l'article 3 du décret-loi du 29 octobre 1936, qui autorisaient les agents à donner des consultations privées dans leur domaine de compétence, sauf si le litige intéressait une personne publique.

La loi reprend également la mesure prévue à l'article 6 du décret-loi du 29 octobre 1936, en application duquel la violation de l'interdiction de cumul donne lieu au reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue sur le traitement de l'agent. En revanche, elle ne précise plus que cette violation peut susciter des sanctions disciplinaires, cette mention apparaissant superflue puisque toute méconnaissance du statut peut motiver de telles sanctions.

Mais l'objectif du législateur est de favoriser les échanges entre la sphère publique et la sphère privée. La loi de 2007 prévoit ainsi un certain nombre de dérogations nouvelles. Tout d'abord, elle établit une dérogation générale, en prévoyant que *« les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent toutefois être autorisés à exercer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, 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 »*. L'exercice d'une activité accessoire sera cependant toujours subordonné à une condition de compatibilité avec les fonctions administratives ; il ne devra pas affecter l'exercice de ces fonctions.

La loi du 2 février 2007 cherche également à stimuler la création d'entreprise par les agents publics. Ainsi, l'agent qui crée ou reprend une entreprise bénéficie d'une dérogation à l'interdiction d'exercer une activité privée lucrative, pour une durée maximale d'un an à compter de la création ou de la reprise de l'entreprise. Cette possibilité est subordonnée à l'établissement d'une déclaration auprès de l'autorité hiérarchique de l'agent et à l'examen de cette déclaration par la Commission de déontologie. L'agent peut rester employé à temps plein dans la fonction publique, ou bénéficiaire d'une autorisation de travail à temps partiel qui sera accordée de plein droit. Il s'agit d'un alignement sur les dispositions dont bénéficient les salariés du secteur privé depuis la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique. Par la suite, la loi du 3 août 2009 a porté la durée maximale du cumul pour création ou reprise d'entreprise d'un an à deux ans, période renouvelable une fois pour une durée maximale d'un an. Par ailleurs, 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, qui peut être prolongée pour une durée maximale d'un an.

Le III de l'article 25 de la loi de 1983, issu de la loi de 2007 prévoit enfin les dérogations à l'interdiction d'exercer une activité privée qui résultent de libertés constitutionnellement garanties comme le droit de propriété, la liberté d'expression et l'indépendance des enseignants-chercheurs. Tout d'abord, il permet aux fonctionnaires et agents publics de détenir librement des parts sociales et de gérer librement leur patrimoine personnel et familial. Il exclut ensuite du champ de l'interdiction la production d'œuvres de l'esprit au sens des articles L. 112-1 à L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle. À la différence de la référence aux « *œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques* » figurant dans le décret-loi du 29 octobre 1936, le renvoi au Code de la propriété intellectuelle permet de définir plus précisément les contours de cette dérogation. L'article reprend également la possibilité ouverte au personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et de l'administration des beaux-arts d'exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions.

Enfin, le IV de l'article 25 reprend l'exception prévue depuis 2001 au profit des agents qui exercent leurs fonctions à temps non complet et pour une durée inférieure au mi-temps.

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.

D. La loi du 20 avril 2016 : le renforcement de l'obligation d'exclusivité

La loi du 20 avril 2016 vise à « *redonner toute sa force au principe selon lequel, parce qu'il est au service de l'intérêt général, l'agent public consacre l'intégralité de son activité professionnelle à l'exercice de ses fonctions* »¹⁹⁶. Elle restreint en conséquence les possibilités de cumul d'activités applicables aux fonctionnaires et aux agents non titulaires de droit public, qui avaient été sensiblement élargies en 2007. Ces règles figurent dans le nouvel article 25 *septies* de la loi du 13 juillet 1983.

Le I de l'article 25 *septies* réaffirme le principe selon lequel « *le fonctionnaire consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer,*

¹⁹⁶ Rapport n° 3099 sur le projet de loi (n°s 1278 et 2880) relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, enregistré à la présidence de l'AN le 1^{er} octobre 2015, par F. Descamps-Crosnier.

à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ». Soumis à l'obligation d'exclusivité, le cumul des fonctions publiques avec une activité professionnelle privée n'est possible qu'à titre dérogatoire. Les possibilités de cumul sont ainsi limitées.

La loi de 2016 durcit notamment les conditions auxquelles le fonctionnaire occupant un emploi public à temps complet et exerçant ses fonctions à temps partiel peut créer ou reprendre une entreprise et, ainsi, exercer une activité privée lucrative. La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique avait autorisé le fonctionnaire, y compris s'il exerce ses fonctions à temps plein, à créer ou à reprendre une entreprise, pour une durée de deux années¹⁹⁷ et renouvelable une année. Avec la loi du 20 avril 2016, seul un fonctionnaire exerçant ses fonctions à temps partiel peut créer ou reprendre une entreprise, dans les conditions prévues au III de l'article 25 *septies*. Et l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel, qui ne peut être inférieur au mi-temps, n'est plus accordée « *de plein droit* » à l'agent.

En revanche, la loi a préservé la possibilité pour les fonctionnaires occupant un emploi à temps complet et travaillant à temps plein, d'exercer en cumul avec leurs fonctions publiques, une activité dite « *accessoire* ». Le projet de loi prévoyait que ces activités accessoires ne pourraient plus être exercées dans le cadre d'une entreprise commerciale ou artisanale ou sous le régime de l'auto-entreprise. Toutefois, suivant le souhait de la rapporteure du texte à l'Assemblée nationale, la députée Françoise Descamps-Crosnier, le texte a été modifié afin de continuer à autoriser les fonctionnaires, y compris ceux employés à temps plein, d'exercer à titre accessoire certaines activités sous le régime de l'auto-entreprise, auquel a succédé celui de la micro-entreprise. Il s'agissait en effet de préserver les agents les plus modestes exerçant certaines activités sous le statut d'auto-entrepreneur afin de compléter leurs revenus.

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 fixe la liste des activités, dites accessoires, que peuvent exercer les agents publics en vertu des dispositions du 2° du II de l'article 25 *septies* de la loi du 13 juillet 1983, lesquelles, en raison de leur nature, sont autorisées par les administrations elles-mêmes sans qu'il soit besoin de saisir la Commission de déontologie. La liste reprend pour l'essentiel celle du décret antérieur du 2 mai 2007 modifié.

¹⁹⁷ Depuis la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique (au lieu d'une année auparavant).

E. La loi du 6 août 2019 et le décret du 30 janvier 2020 : l'absence de changement sur le fond

La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a supprimé la Commission de déontologie de la fonction publique et transféré ses compétences à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Elle est complétée par le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique, qui a abrogé le précédent 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.

Sur le fond, la loi comme le nouveau décret n'apportent pas de changement majeur au régime du cumul d'activités par les agents publics. En matière de création ou reprise d'entreprise par un agent public, la loi TFP réitère la règle selon laquelle le fonctionnaire 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 à exercer, à ce titre, une activité privée lucrative. Toutefois, l'encouragement du législateur adressé aux agents publics à faire valoir leur esprit d'entreprise apparaît dans une petite modification apportée à l'article 25 *septies* de la loi du 13 juillet 1983. La durée de cette autorisation est portée de deux à trois ans, avec la possibilité d'une année supplémentaire. Comme le relève le professeur Didier Jean-Pierre, « *ce maximum de quatre années est la durée la plus longue jusqu'à présent accordée aux fonctionnaires pour créer ou reprendre une entreprise. L'idée non exprimée explicitement est bien celle de permettre aux agents publics d'avoir le maximum de chances et de recul pour pouvoir apprécier la viabilité et la réussite de leur entreprise et de faire ensuite le choix de quitter définitivement la fonction publique avec les effets attendus sur la réduction des effectifs et de la masse salariale* »¹⁹⁸.

En matière de cumul d'un emploi public avec une activité accessoire, la loi n'opère aucun changement. La liste des activités accessoires dont l'exercice, en cumul avec un emploi public, est susceptible d'être directement autorisé par l'autorité hiérarchique, n'a pas été modifiée par le décret du 30 janvier 2020, qui remplace celui du 27 janvier 2017¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Jean-Pierre D., « Pantouflage et déontologie dans la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique », *JCP A* 2019, 2275.

¹⁹⁹ 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.

§ 2. L'application casuistique du régime du cumul par le référent déontologue

Le principe selon lequel le fonctionnaire consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées et ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit, conduit à distinguer trois types d'activités :

- Les activités privées interdites aux agents publics ;
- Les activités privées soumises à une autorisation, voire à une déclaration, préalables ;
- Les activités privées susceptibles d'être librement exercées par les agents publics.

Activité accessoire ou création d'entreprise, des confusions fréquentes entre les deux régimes.- Parmi les questions les plus fréquemment posées au référent déontologue, figure celle de savoir si un agent relève du régime des activités accessoires, susceptibles d'être exercées en cumul avec les fonctions publiques à temps complet et à temps plein, ou bien du régime de la création d'entreprise, qui nécessite d'exercer ses fonctions publiques à temps partiel. Il convient en effet de distinguer deux types d'autorisation pour l'exercice d'une activité privée lucrative (v. tableau ci-dessous) : d'une part, l'autorisation d'exercer une activité accessoire, susceptible d'être exercée avec les fonctions publiques à temps plein, qui peut être renouvelée indéfiniment (A) ; d'autre part, l'autorisation de temps partiel pour création ou reprise d'entreprise, nécessairement limitée dans le temps (B). Le référent déontologue est également souvent consulté sur la nécessité même d'une autorisation, qui ne concerne que les activités lucratives exercées à titre professionnel, à l'exclusion des activités non lucratives et de celles relevant de la liberté de gestion du patrimoine personnel et familial ou encore de la liberté de création artistique (C).

TABLEAU – Distinction entre activité accessoire et création ou reprise d'entreprise

Exercice d'une activité accessoire	Création ou reprise d'entreprise
Art. 25 <i>septies</i> IV de la loi du 13 juil. 1983 → art. L. 123-7 du CGFP	Art. 25 <i>septies</i> III de la loi du 13 juil. 1983 → art. L. 123-8 du CGFP
Possible en cumul avec les fonctions à temps plein à condition d'obtenir l'autorisation de l'employeur	Obligation d'obtenir l'autorisation d'exercer ses fonctions à temps partiel
Pas de durée fixée par la loi mais l'administration peut fixer une durée d'1 ou 2 ans Renouvelable indéfiniment	Durée maximale de 3 ans, renouvelable 1 an
Peut donner lieu à la création d'une micro-entreprise	Création de tout type d'entreprise (micro-entreprise, SA, SARL...).

A. L'exercice d'une activité accessoire en cumul avec les fonctions publiques à temps plein

En vertu de l'article 25 *septies* IV de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires devenu l'art. L. 123-7 du CGFP, l'agent 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 ».

Une autorisation de l'autorité hiérarchique est donc requise pour pouvoir exercer une activité accessoire (1). Les activités dites accessoires, dont l'exercice en cumul avec les fonctions publiques exercées à temps plein est susceptible d'être autorisé, sont celles qui figurent sur une liste limitative fixée par décret (2). L'activité accessoire, qui peut donner lieu à la création d'une micro-entreprise (3) ne peut être autorisée par l'autorité hiérarchique que si elle ne porte pas atteinte au fonctionnement normal à l'indépendance ou à la neutralité du service ou ne place pas l'intéressé en situation de méconnaître l'article 432-12 du Code pénal réprimant la prise illégale d'intérêts (4).

1. La nécessité d'une autorisation

L'exigence d'une autorisation concerne l'ensemble des agents publics (a), sauf pour certains agents ou certaines activités soumis à un régime de déclaration préalable (b).

a) Le principe

Aux termes de l'article 10 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique, l'agent peut être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à cumuler une activité accessoire avec ses fonctions publiques. Cette activité peut être exercée auprès d'une personne publique ou privée. Un même agent peut être autorisé à exercer plusieurs activités accessoires. L'activité accessoire est nécessairement exercée en dehors de heures de service. Les agents interrogent parfois leur référent déontologue sur la nécessité d'une autorisation, alors que l'activité qu'il envisage d'exercer sera réalisée le week-end ou pendant ses congés annuels. L'autorisation de cumul de la part de l'autorité hiérarchique est nécessaire alors même que l'activité accessoire est - et doit être - exercée en dehors des heures de service, le dimanche ou les jours fériés.

L'exigence s'impose à tous les agents, qu'ils soient titulaires ou contractuels, qu'ils exercent leurs fonctions à temps complet ou à temps partiel. Même un agent employé à temps partiel à 50% n'est pas dispensé d'autorisation pour exercer une activité accessoire avec ses fonctions publiques. Seuls les agents à temps non complet ou incomplet et dont la quotité de temps de travail est inférieure ou égale à 70% sont dispensés d'autorisation mais doivent néanmoins déclarer les activités privées professionnelles qu'ils exercent en cumul avec leurs fonctions publiques (*infra*).

Procédure.- L'agent doit adresser, par écrit, à son autorité hiérarchique, une demande d'autorisation de cumul. En vertu de l'article 12 du décret du 30 janvier 2020 précité, l'agent adresse à son autorité hiérarchique, préalablement à toute activité accessoire soumise à autorisation, une demande écrite qui comprend au moins les informations suivantes :

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

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

L'intéressé accompagne sa demande de toute autre information de nature à éclairer l'autorité hiérarchique sur l'activité accessoire envisagée.

Selon l'article 13 du décret du 30 janvier 2020, la décision de l'autorité hiérarchique est notifiée dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. En l'absence de décision expresse écrite dans ce délai, la demande d'autorisation est réputée rejetée.

Durée.- La durée de l'autorisation accordée pour l'exercice d'une activité accessoire en cumul avec les fonctions publiques, n'est pas encadrée par les textes. Le décret du 30 janvier 2020 impose seulement à l'agent de renouveler sa demande d'autorisation en cas de « *changement substantiel intervenant dans les conditions d'exercice ou de rémunération de l'activité exercée à titre accessoire par un agent* » (art. 14). Un tel changement est assimilé à l'exercice d'une nouvelle activité. Dans une foire aux questions rassemblant les réponses aux interrogations récurrentes posées au secrétariat de la Commission de déontologie de la fonction publique qui avait été publiée sur le portail de la fonction publique²⁰⁰, sous l'empire du décret de 2017, on trouvait la réponse suivante : « *dans le silence des textes, le cumul à titre accessoire n'a d'autre durée que celle fixée par l'autorisation délivrée par l'administration. Celle-ci peut être renouvelée régulièrement (généralement tous les 1 ou 2 ans)* ». En revanche, il n'y a aucune limite à ce qu'elle soit renouvelée indéfiniment, ce qui constitue une différence importante avec l'autorisation de temps partiel pour création ou reprise d'entreprise.

b) Les agents et activités soumis à un régime de déclaration préalable

En principe, toute activité professionnelle exercée en cumul avec les fonctions publiques nécessite d'obtenir une autorisation de la part de la collectivité employeur. Toutefois, à titre exceptionnel, certains agents relèvent d'un régime de déclaration préalable.

- *Les agents à temps non complet ou incomplet (≤70 %)*

Depuis une loi du 3 janvier 2001²⁰¹, l'agent « *qui occupe un emploi permanent à temps non complet ou incomplet pour lequel la durée du travail est inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail* »²⁰² est soumis à un régime de déclaration préalable. L'agent qui exerce ses fonctions à temps non complet au-dessous du seuil de 70 % (soit 24h30 / 35h) n'a donc pas besoin d'autorisation mais doit néanmoins déclarer l'activité ou les activités privées lucratives qu'il exerce en cumul. L'autorité hiérarchique peut s'opposer à ce cumul si l'activité privée n'est pas compatible avec l'exercice des fonctions exercées par l'agent ou

²⁰⁰https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/carrieres_et_parours_professionnel/com_deontologie/FAQ.pdf

²⁰¹ Loi n° 2001-2 du 3 janv. 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale.

²⁰² Art. 25 septies II, 2° de la loi de 1983 ; art. L. 123-5 du CGFP.

l'emploi qu'il occupe ou placerait ce dernier en situation de méconnaître les dispositions de l'article 432-12 du Code pénal.

⚠ Temps incomplet ≠ temps partiel

Un emploi à temps incomplet, dans la fonction publique d'État, ou à temps non complet, dans les fonctions publiques territoriale et hospitalière, est un emploi créé pour une durée de travail inférieure à la durée légale de travail à temps complet (35 heures hebdomadaires). À la différence du temps partiel, ce n'est donc pas l'agent qui choisit le temps non complet, il s'agit d'une caractéristique du poste. Les agents exerçant leurs fonctions à temps partiel ne sont donc pas dispensés d'autorisation.

- *Les praticiens hospitaliers*

Des dispositions spécifiques du Code de la santé publique prévoient un régime déclaratif pour les praticiens hospitaliers qui n'exercent pas leurs fonctions à temps complet²⁰³. L'ordonnance n° 2021-292 du 17 mars 2021 visant à favoriser l'attractivité des carrières médicales hospitalières insère, à compter du 1^{er} janvier 2022, une dérogation au droit commun de la fonction publique, en autorisant les praticiens, dont la quotité de travail est inférieure ou égale à 90 % des obligations de service d'un praticien exerçant à temps plein, à développer une activité privée lucrative en dehors de leurs obligations de service, dans le secteur public ou privé. Cette activité devra simplement être déclarée au directeur de l'établissement dont l'intéressé relève.

- *Le régime de déclaration préalable pour les activités accessoires relevant des missions des personnels de l'enseignement supérieur et de la recherche pour le compte de établissements d'enseignement supérieur ou de collectivités publiques*

La loi du 24 décembre 2020 de programmation pour la recherche a prévu, en matière d'exercice d'une activité accessoire par les enseignants-chercheurs, chercheurs et les personnels de l'établissement d'affectation, un régime de déclaration préalable. Cette dérogation à l'exigence d'une autorisation préalable est triplement encadrée :

- Elle ne s'applique qu'aux personnels de l'enseignement supérieur relevant du titre V du livre IX du Code de l'éducation et aux personnels de recherche mentionnés à l'article L. 411-3 du Code de la recherche ;

- Elle ne concerne que les activités accessoires relevant de leurs missions, c'est-à-dire celles mentionnées à l'article L. 123-3 du Code de l'éducation pour les personnes de

²⁰³ Code de la santé publique, art. L. 6152-4.

l'enseignement supérieur et L. 411-1 du Code de la recherche pour les personnels de recherche, notamment : la formation initiale et continue tout au long de la vie ; la recherche scientifique et technologique, la diffusion et la valorisation de ses résultats au service de la société ; l'orientation, la promotion sociale et l'insertion professionnelle ; la diffusion de la culture humaniste, la participation à la construction de l'Espace européen de l'enseignement supérieur et de la recherche ; la coopération internationale ; l'administration de la recherche.

- Elle ne concerne que les activités accessoires exercées pour le compte d'un établissement d'enseignement supérieur, d'un établissement public de recherche relevant du titre III du Code de la recherche, d'un établissement public relevant du décret mentionné à l'article L. 112-6 du même code, d'une fondation reconnue d'utilité publique ayant pour activité principale la recherche publique, du Haut Conseil d'évaluation, de la recherche et de l'enseignement supérieur, d'une administration de l'État, d'une collectivité territoriale, d'une organisation internationale intergouvernementale, d'une institution ou d'un organe de l'Union européenne.

Les modalités d'application de la loi sont fixées par le décret n° 2021-1424 du 29 octobre 2021 relatif à la déclaration de certaines activités accessoires par les personnels de l'enseignement supérieur et les personnels de la recherche en application de l'article L. 951-5 du Code de l'éducation et de l'article L. 411-3-1 du Code de la recherche.

2. L'objet de l'activité accessoire

a) La qualification d'activité accessoire

Le fonctionnaire peut être autorisé par son autorité hiérarchique à exercer à titre accessoire une activité professionnelle auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé à condition que celle-ci relève de l'une des catégories limitativement visées par les dispositions de l'article 11 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique (qui reprend à l'identique la liste qui figurait l'article 6 du décret de 2017). Aux termes de cet article, « *les activités exercées à titre accessoire susceptibles d'être autorisées sont les suivantes :*

1° Expertise et consultation ;

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 et de la pêche maritime dans des exploitations agricoles constituées ou non sous forme sociale ;*

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 de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide ;*

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. »*

Le référent déontologue consacre une bonne part de son activité à délimiter la frontière de la catégorie des « *activités accessoires* » au sens de l'article 11 du décret du 30 janvier 2020. Il s'agit d'indiquer à l'agent si l'activité professionnelle privée qu'il envisage d'exercer en cumul avec son emploi public constitue une activité accessoire dont l'exercice est susceptible d'être autorisé par l'autorité hiérarchique, sans que l'agent ne soit contraint d'exercer ses fonctions administratives à temps partiel. Si l'activité que l'agent envisage d'exercer en cumul avec son emploi public ne correspond pas à l'une des catégories visées par l'article 11 du décret du 30 janvier 2020, celui-ci n'a pas d'autre choix que de demander l'autorisation d'exercer ses fonctions à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise. Cette exigence est lourde pour des agents qui souhaitent, afin de compléter leur rémunération, faire simplement quelques heures, en dehors de leur service, au cours du week-end ou pendant leurs congés. Extras dans la restauration, tâches administratives dans une entreprise dirigée par un proche, hôte de caisse dans un commerce, veilleur de nuit dans un hôtel ou cuisinier dans une colonie de vacances pendant les congés d'été, vente à domicile (VDI), etc. : ces activités ne relèvent pas de la liste des activités accessoires et ne peuvent donc être exercées en cumul avec les fonctions à temps plein.

Dans l'opération de qualification d'une activité accessoire, le référent déontologue ne peut se référer ni à la doctrine de la Commission de déontologie exposée à travers ses différents

rapports d'activité, ni à celle de la HATVP, puisque ces deux institutions contrôlent uniquement les projets de création d'entreprise en cumul avec les fonctions publiques, qui nécessitent l'exercice des fonctions à temps partiel. En revanche, le référent déontologue peut se référer à deux documents très utiles :

- D'une part, la foire aux questions mise en ligne par la Direction générale de l'administration et de la fonction publique²⁰⁴, rassemble les questions aux interrogations récurrentes posées au secrétariat de la Commission de déontologie de la fonction publique.

- D'autre part, la circulaire FP n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités et portant application de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires modifiée, 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'État, bien qu'elle ait été adoptée sous l'empire de la législation antérieure, constitue un texte de référence précieux, dans la mesure où la liste des activités accessoires a peu évolué depuis 2007.

b) Illustrations

Une grande partie des réponses du référent déontologue consiste à indiquer si telle activité – coach professionnel, barreur de feu, formateur en prothésie ongulaire, surveillant de collège ou lycée, professeur de yoga, graphothérapeute, secrétaire administratif, etc.– constitue ou non une activité accessoire au sens de l'article 11 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique (v. tableau ci-dessous).

Exemples

☺ Un agent peut être autorisé à exercer les activités suivantes, en cumul avec ses fonctions publiques à temps plein : cours de yoga ou de cuisine, coaching sportif, petits travaux ménagers ou de jardinage à domicile, *petsitting*, garde d'enfants, etc.

☹ Les activités suivantes ne peuvent être cumulées avec les fonctions publiques à temps plein : vendeur à domicile indépendant (VDI), activités relevant du bien-être (massages, etc.), coaching professionnel, secrétariat administratif.

⚠ Si l'activité que l'agent envisage d'exercer en cumul avec son emploi public ne figure pas dans la liste des activités accessoires de l'article 11 du décret précité, il ne pourra exercer cette activité qu'à la double condition de créer une entreprise (éventuellement une micro-entreprise)

²⁰⁴ [REPONSES AUX QUESTIONS FREQUENTES \(fonction-publique.gouv.fr\)](https://fonction-publique.gouv.fr)

et d'obtenir de l'administration dont il relève, l'autorisation d'exercer ses fonctions publiques à temps partiel.

TABLEAU – activités accessoires

Objet de l'activité	Activité accessoire ?	Observations
Accompagnement (coaching) de particuliers sur la sobriété énergétique au sein de leurs choix de vie	Non	
Animateur de centres aérés ou colonies de vacances	Oui	Art. 11 du décret du 30 janv. 2020 : « 3° Activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel ou de l'éducation populaire »
Ateliers de massages bébé	Oui/Non	Oui, cette activité peut relever de l'art. 11 du décret du 30 janv. 2020 : « 2° Enseignement et formation », dès lors qu'il s'agit de former les parents et que la formatrice effectue les gestes sur un mannequin.
Coaching professionnel	Non	V. rapport annuel 2017 de la Commission de déontologie, p. 48: « s'il n'appartient qu'à l'administration dont relève l'agent, sans avis préalable de la Commission, de l'autoriser à exercer une activité privée de formation à la gestion du stress, au management et à la conduite du changement, dès lors qu'elle est au nombre des activités accessoires mentionnées au b) du 1° de l'article 6 du décret du 27 janvier 2017, en revanche la Commission est compétente pour se prononcer sur l'activité de coaching professionnel que le même agent souhaite exercer en cumul, dès lors que cette activité n'est pas accessoire au sens des dispositions du même article » (avis n°17T3690, 12 oct. 2017).
Coach sportif	Oui	Art. 11 du décret du 30 janvier 2020 : « 3° Activité à caractère sportif ou culturel »
Co-gérant SARL dirigé par un membre de la famille	Non	

Conseil dans la gestion du patrimoine, la rénovation énergétique de l'habitat, etc.	Non	L'activité de conseil ne peut être considérée comme une activité d'« <i>expertise et consultation</i> », au sens du 1° de l'art. 11 du décret du 30 janv. 2020. Les activités d'expertise ou de consultation, au sens de l'article 11, 1° du décret du 30 janv. 2020, correspondent à des activités nécessairement ponctuelles et doivent être distinguées de la fourniture de prestation de services (v. par ex, avis n° 17T5417 du 11 janv. 2018 de la Commission de déontologie de la fonction publique, cité <i>in</i> rapport d'activité 2018, p. 52).
Conseiller en produits naturels (produits de phytothérapie, d'aromathérapie, cosmétiques naturels ou des compléments alimentaires)	Non	
Cours de yoga, de cuisine, etc.	Oui	Art. 11 du décret du 30 janvier 2020 : « 2° <i>Enseignement et formation</i> ». <u>Remarque</u> : les enseignement 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 c'était le cas sous l'empire de la réglementation antérieure à la loi du 2 févr. 2007 de modernisation de la fonction publique.
Création de jeux de société	Oui/Non	La vente de jeux de société fabriqués artisanalement par l'agent constitue une activité accessoire au sens de l'article 11 du décret du 30 janv. 2020 « 11° <i>Vente de biens produits personnellement par l'agent</i> ». S'il s'agit de commercialiser des jeux qui ne sont pas fabriqués personnellement par l'agent, l'activité peut être considérée comme la production d'une œuvre de l'esprit (susceptible d'être exercée librement). Dans ce cas, le conditionnement du jeu doit résulter d'un effort créatif certain, être empreinte de la personnalité de son créateur. Si tel n'est pas le cas, l'activité nécessite une autorisation d'exercer ses fonctions publiques à temps partiel pour création d'entreprise.

Création d'un espace de détente intergénérationnel avec animations	Non	
DJ, animateur de soirées	Non	V. FAQ mise en ligne par la DGAFP : Selon une jurisprudence constante de la Commission de déontologie, ces activités ne sont pas, en elles-mêmes, des activités sportives ou culturelles mais relèvent principalement de l'évènementiel.
Extras dans la restauration	Non	
Formation à la prothésie ongulaire	Oui	Art. 11 du décret du 30 janv. 2020 : « 2° Enseignement et formation ». <u>Remarque</u> : les enseignement 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 c'était le cas sous l'empire de la réglementation antérieure à la loi du 2 févr. 2007 de modernisation de la fonction publique. En revanche, l'activité même de prothésiste ongulaire ne fait pas partie de la liste des activités accessoires.
Formatrice petite enfance	Oui	Art. 11 du décret du 30 janv. 2020 : « 2° Enseignement et formation ».
Gestion d'un gîte	Non	
Graphothérapie (activité de rééducation de l'écriture qui s'adresse aux enfants et adolescents qui ont des difficultés à écrire - pour qui l'écriture est lente/douloureuse ou illisible-, et de ce fait, entravent leurs apprentissages scolaires).	Non	
Guérisseur	Non	
Guide touristique	Oui	Art. 11 du décret du 30 janv. 2020 : « 3° Activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel ou de l'éducation populaire »

		V. FAQ mise en ligne par la DGAFF
Hôte de caisse	Non	
Kinésologue	Non	
Missions via l'application ROAMLER (courtes missions, consistant, par exemple, à vérifier la disponibilité de certains articles présents en libre service dans les magasins)	Non	
<i>Petsitting</i> : garde et promenade d'animaux domestiques	Oui	Art. 11 du décret du 30 janv. 2020 : « 7° Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers » V. aussi la circulaire FP n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités
Photographie sociale (mariages, baptêmes, etc.)	Non	Si les photographies présentent une dimension artistique, alors l'activité de photographe peut être exercée librement. En vertu du V de l'article 25 septies de la loi du 13 juil. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, les fonctionnaires peuvent librement exercer une activité consistant en la production d'œuvres de l'esprit. L'agent est alors considéré comme « <i>photographe auteur</i> » : ses photos sont réalisées en exemplaire unique ou bien en nombre limité mais numérotées ; elles sont signées.
Porteur de cercueils	Non	
Praticienne méthode PEC (psycho-émotionnelle, énergétique et corporelle)	Non	
Projectionniste de cinéma, technicien son/lumière (par ex. dans un théâtre)	Non	V. FAQ mise en ligne par la DGAFF : Selon une jurisprudence constante de la Commission de déontologie, ces activités ne sont pas, en elles-mêmes, des activités sportives ou culturelles mais relèvent principalement de la filière technique.
Secrétariat administratif dans une entreprise	Non	

Serveur dans un bar	Non	
Sophrologue, psychologue, etc.	Non	<p>L'activité de conseil ne peut être considérée comme une activité d'« <i>expertise et consultation</i> », au sens du 1° de l'art. 11 du décret du 30 janv. 2020.</p> <p>Le terme de consultation ne couvre pas la consultation médicale ou paramédicale exercée à titre libérale.</p> <p>V. FAQ mise en ligne par la DGAFP : « <i>une psychologue scolaire ne peut pas donner des consultations en dehors de ses heures de service dans le cadre du régime de l'activité accessoire</i> ».</p>
Taxi	Non	
Thérapeute de couples	Non	<p>L'activité de conseil ne peut être considérée comme une activité d'« <i>expertise et consultation</i> », au sens du 1° de l'art. 11 du décret du 30 janv. 2020. Les activités d'expertise ou de consultation, au sens de l'article 11, 1° du décret du 30 janv. 2020, correspondent à des activités nécessairement ponctuelles et doivent être distinguées de la fourniture de prestation de services. Ainsi l'activité de thérapeute de couples ou de familles s'adressant aux particuliers ne constitue une activité de consultation, laquelle doit être effectuée à la demande d'une personne ou d'un organisme public ou privé dont l'identité doit être mentionnée dans la demande d'autorisation (avis n° 17R0010 du 14 déc. 2017, cité in rapport public 2017 de la Commission p. 48-49).</p>
Travaux de jardinage chez des particuliers	Oui	<p>Art. 11 du décret du 30 janv. 2020 : « <i>7° Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers</i> ».</p>
Vente de miel sur les marchés locaux par un agent qui possède ses propres ruches	Oui	<p>Art. 11 du décret du 30 janv. 2020 : « <i>4° Activité agricole</i> »</p> <p>La vente des produits tirés d'un patrimoine agricole de dimension modeste constitue bien une activité agricole susceptible d'être</p>

		<p>exercée en cumul avec les fonctions publiques à temps plein.</p> <p>V. la circulaire FP n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités</p> <p>V. aussi question écrite n° 22623 du sénateur Jean Louis Masson²⁰⁵</p>
Vigile, stadier dans une enceinte sportive	Non	<p>V. FAQ mise en ligne par la DGAFP :</p> <p>Selon une jurisprudence constante de la Commission de déontologie, ces activités ne sont pas, en elles-mêmes, des activités sportives ou culturelles mais relèvent principalement de la filière de la sécurité.</p>

c) Faire évoluer la notion d'activité accessoire ?

La liste des activités accessoires qui figure à l'article 11 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique apparaît plus contraignante pour les agents de catégorie C qui souhaitent, afin de compléter leur rémunération, faire simplement quelques heures, en dehors de leur service, au cours du week-end ou pendant leurs congés. Les activités de consultation, expertise, enseignement et formation, qui figurent dans la liste concernant davantage les agents de catégorie A, voire B. Parce qu'elles ne figurent pas dans la liste, les agents de catégorie C ne peuvent exercer en cumul avec leurs fonctions à temps plein les activités telles que des extras dans la restauration, des tâches administratives dans une entreprise dirigée par un proche, de la vente à domicile.

Il est donc nécessaire de faire évoluer le régime des activités accessoires : plutôt que de lister les catégories d'activités accessoires, dont l'exercice en cumul avec des fonctions publiques à temps complet, peut être autorisé par l'autorité hiérarchique, il faudrait plutôt limiter l'exercice d'une activité accessoire en fixant un double plafond : un nombre maximum d'heures par mois ou par année pendant lesquelles l'activité accessoire est exercée ; un montant maximum de rémunération (proportionnel à la rémunération perçue par l'agent au titre de ses activités administratives) que l'activité accessoire peut procurer. En ce sens, le rapport rédigé en février 2017 dans le cadre du *think tank* Terra Nova par Joël Moret-Bailly, Hélène Ruiz-

²⁰⁵ [Activité privée compatible avec un emploi dans la fonction publique territoriale - Sénat \(senat.fr\)](https://www.senat.fr/activite-privée-compatible-avec-un-emploi-dans-la-fonction-publique-territoriale)

Fabri et Laurence Scialom estime « *sans doute souhaitable d'établir des pourcentages de temps d'activité et des plafonds* »²⁰⁶.

Le décret-loi du 29 octobre 1936 avait instauré un plafonnement des rémunérations publiques perçues par un agent, fixé à la rémunération principale, augmentée de 30%. Ce plafond avait été abaissé par le décret n° 55-957 du 11 juillet 1955, portant aménagement de la réglementation des cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions, à 100 % du traitement indiciaire de l'intéressé²⁰⁷. Après s'être interrogé sur la nécessité de laisser les rémunérations privées hors de tout plafond de cumul de rémunérations, le Conseil d'État avait finalement proposé de ne pas les soumettre à un plafonnement qui risquerait d'être à la source de nombreuses fraudes et donc inefficace²⁰⁸.

À défaut d'instituer un plafond chiffré, une formule plus générale, susceptible d'être appliquée comme un standard, pourrait au moins être intégrée dans les textes. À ce titre, la Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative rappelle que « *la rémunération des activités accessoires ne saurait être excessive* » (VII, n° 71). Dans le même sens, le Collège de déontologie des juridictions financières a dégagé des « *lignes générales* » encadrant l'exercice d'une activité accessoire (avis n° 2018-05). Ainsi la rémunération ne doit-elle pas être « *susceptible d'introduire un doute sur le fait que c'est bien pour la Cour [des comptes] que s'exerce, à titre principal, l'activité professionnelle* » (avis n° 2015-06). En outre, elle ne doit pas non plus 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 (avis n° 2016-07). Enfin, la rémunération perçue dans le cadre de l'activité accessoire ne doit pas introduire le soupçon d'un conflit d'intérêts avec les fonctions publiques. Le Collège vérifie notamment que la rémunération envisagée correspond à celle usuellement pratiquée par l'entreprise au sein de laquelle l'agent envisage d'exercer son activité à titre accessoire (avis n° 2018-04).

²⁰⁶ Moret-Bailly J., Ruiz-Fabri H., Scialom L., *Les conflits d'intérêts nouvelle frontière de la démocratie*, Terra Nova, 3 févr. 2017, proposition n° 10, p. 5.

²⁰⁷ Art. 9 du décret-loi de 1936, modifié par le décret de 1935 : « *La rémunération effectivement perçue par un fonctionnaire, agent ou ouvrier des collectivités ou services susvisés à l'article 1^{er} ne pourra dépasser, à titre de cumul de rémunérations, le montant du traitement principal perçu par l'intéressé majoré de 100 p. 100, ce traitement étant constitué par la rémunération la plus élevée soumise à retenues pour pensions dans le cas des personnels titulaires on qui serait soumise à retenues pour pension si l'emploi conduisait à pension au titre du régime applicable aux personnels titulaires de la collectivité considérée.* »

²⁰⁸ Conseil d'État, section du rapport et des études, *Le cumul d'activités et de rémunération des agents publics*, 30 nov. 1998, p. 56.

✓ Proposition n° 9

Plutôt que de lister les catégories d'activités accessoires, dont l'exercice en cumul avec des fonctions publiques à temps plein, peut être autorisé par l'autorité hiérarchique, limiter l'exercice d'une activité accessoire en fixant un double plafond : un nombre maximum d'heures par mois ou par année pendant lesquelles l'activité accessoire est exercée ; un montant maximum de rémunération (proportionnel à la rémunération perçue par l'agent au titre de ses activités administratives) que l'activité accessoire peut procurer. À défaut d'instituer un plafond chiffré, une formule plus générale, énonçant que la rémunération des activités accessoires ne saurait être excessive, susceptible d'être appliquée comme un standard, pourrait au moins être intégrée dans les textes.

3. La création d'une micro-entreprise

L'exercice d'une activité accessoire peut donner lieu à la création d'une micro-entreprise. La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (article 25 *septies* IV) précise que « *par dérogation au 1° du I du présent article, ces activités peuvent être exercées sous le régime prévu à l'article L. 133-6-8 du Code de la sécurité sociale* ». Autrement dit, une activité accessoire peut être exercée sous la forme d'une micro-entreprise (qui a succédé à l'auto-entreprise). Le décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique (art. 11) précise que les activités accessoires mentionnées aux 1° à 9° peuvent être exercées sous le régime de la micro-entreprise, tandis que pour les activités mentionnées aux 10° et 11° (services à la personne ; vente de biens produits personnellement par l'agent), la création d'une micro-entreprise est obligatoire.

Lorsque l'activité accessoire donne lieu à la création d'une micro-entreprise, l'autorité hiérarchique accorde à l'agent l'autorisation d'exercer une activité accessoire en cumul avec son emploi public sans avoir à saisir préalablement, ni la Commission de déontologie de la fonction publique, ni, depuis le 1^{er} février 2020, le référent déontologue ou la HATVP.

À l'inverse, si l'activité, bien que correspondant, par son objet, à une activité accessoire (au sens de l'article 11 du décret du 30 janvier 2020), est exercée dans le cadre d'une société qui n'est pas transparente, telle qu'une SARL, elle relève des dispositions de l'article 25 *septies* III de la loi du 13 juillet 1983. L'agent doit alors obtenir l'autorisation d'exercer ses fonctions à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise. Le référent déontologue et la HATVP peuvent être saisis par l'autorité hiérarchique en cas de doute sérieux sur la compatibilité du

projet de création ou de reprise d'entreprise avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation.

4. La compatibilité de l'activité accessoire avec les fonctions publiques exercées par l'agent

L'activité accessoire ne peut être autorisée par l'autorité hiérarchique que si cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ou ne place pas l'intéressé en situation de méconnaître l'article 432-12 du Code pénal (délit de prise illégale d'intérêts). L'obligation de désintéressement, consacrée dans les statuts successifs de la fonction publique, interdit au fonctionnaire « *d'avoir, par lui-même ou par personne interposée et sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service, des intérêts de nature à compromettre son indépendance* »²⁰⁹.

Ainsi l'autorité hiérarchique peut-elle interdire à l'agent d'avoir pour clients des personnes avec lesquelles il est en contact dans l'exercice de ses activités administratives ou encore lui interdire toute démarche commerciale sur les lieux de ses activités administratives. Il s'agit d'éviter toute confusion entre les activités administratives de l'agent et son activité accessoire privée.

Bonnes pratiques

☹ L'agent ne peut procéder à aucun démarchage pour le compte de son entreprise privée dans le cadre de ses fonctions publiques ; il ne doit mentionner ni sa qualité d'agent public, ni apposer le logo de l'administration qui l'emploie sur les supports de communication de son entreprise (site internet, cartes de visite, etc.).

De manière générale, une activité accessoire ne doit pas porter atteinte à la dignité des fonctions exercées. À ce titre, tout enseignement ou formation de nature à mettre en cause la dignité des fonctions d'un agent ne saurait être autorisé.

B. L'autorisation d'exercer les fonctions publiques à temps partiel pour création d'entreprise

Selon l'article 25 *septies* III de la loi du 13 juillet 1983 (art. L. 123-8 du CGFP), « *le fonctionnaire qui occupe un emploi à temps complet peut, à sa demande, être autorisé par*

²⁰⁹ Art. 8 du statut de 1946 ; art. 8-2 du statut de 1959 ; art. 25 du statut de 1983 ; art. L. 123-1 du CGFP.

l'autorité hiérarchique dont il relève à accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise et à exercer, à ce titre, une activité privée lucrative ». L'autorisation n'est donc pas accordée de droit à l'agent qui en fait la demande (1). L'autorité hiérarchique, en lien avec le référent déontologue, doit s'assurer de la compatibilité du projet de création d'entreprise avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation (2).

1. La nécessité d'une autorisation d'exercer les fonctions publiques à temps partiel

L'agent qui souhaite créer ou reprendre une entreprise a l'obligation d'obtenir préalablement l'autorisation d'exercer ses fonctions publiques à temps partiel (a). Il ne peut pas exercer son activité sous le statut de salarié (b).

a) L'obligation d'exercer ses fonctions à temps partiel

Depuis le 1^{er} février 2017, tout agent qui souhaite bénéficier d'un cumul pour création ou reprise d'entreprise doit être autorisé à exercer ses fonctions à temps partiel pour création ou reprise d'entreprise. L'autorisation d'accomplir un service à temps partiel, qui ne peut être inférieur au mi-temps, n'est pas de droit (alors qu'elle l'était sous l'empire de la loi du 2 février 2007). Le III de l'article 25 *septies* précise qu'elle « *est accordée, sous réserve des nécessités de la continuité et du fonctionnement du service et compte tenu des possibilités d'aménagement de l'organisation du travail, pour une durée maximale de trois ans, renouvelable pour une durée d'un an, à compter de la création ou de la reprise de cette entreprise ».*

Toute décision de refus opposée à une demande de travail à temps partiel doit être précédée d'un entretien avec l'agent et motivée, c'est-à-dire comporter l'énoncé des considérations de droit et/ou de fait qui justifient le refus (CGFP, art. L. 612-2).

b) L'obligation d'être dirigeant

S'il obtient l'autorisation d'exercer ses fonctions à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise, l'agent peut choisir le type de société qui lui paraît le plus adapté. Il peut aussi créer une micro-entreprise. En revanche, l'agent ne peut travailler dans le cadre d'un contrat à durée déterminé : il doit nécessairement avoir la qualité de dirigeant d'entreprise, c'est-à-dire en être le mandataire social. Cette qualité est attachée aux gérants ou co-gérants d'une SARL, au président ou au directeur général s'il dispose des mêmes pouvoirs et des mêmes limitations

que le président d'une SAS, au président, directeur général et président-directeur-général d'une SA. Par ailleurs, peu importe qu'il détienne ou non des parts sociales.

c) La durée limitée de l'autorisation

Selon les dispositions issues de la loi du 20 avril 2016, applicables à compter du 1^{er} février 2017, l'autorisation était accordée pour une durée maximale de 3 ans (2 ans, renouvelable pour une durée d'un an). La loi du 6 août 2019 de la transformation de la fonction publique a allongé la durée de l'autorisation : depuis 1^{er} février 2020, l'autorisation d'exercer les fonctions à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise est accordée pour une durée de 4 ans (3 ans, renouvelable pour une durée d'un an).

À l'issue de la période maximale autorisée, l'agent ne peut obtenir une nouvelle autorisation d'accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise « *moins de trois ans après la fin d'un service à temps partiel pour la création ou la reprise d'une entreprise* » (article 25 septies III de la loi du 13 juil. 1983 ; CGFP, art. L. 123-8), même si la demande porte sur une activité différente de la précédente.

En revanche, à l'issue de la période maximale autorisée, l'agent peut demander une disponibilité pour création ou reprise d'entreprise, accordée pour une durée maximum de deux ans (art. 23 du décret n°86-68 du 13 janv. 1986) ou pour convenances personnelles, accordée pour une durée de cinq ans (art. 21 du décret n°86-68 du 13 janv. 1986). Le cumul de la disponibilité pour création ou reprise d'entreprise avec une disponibilité pour convenances personnelles ne peut excéder une durée maximale de cinq ans lorsqu'il s'agit de la première période de disponibilité. La disponibilité n'est pas de droit : elle est accordée sous réserve des nécessités du service.

2. Le contrôle déontologique

L'autorité hiérarchique doit s'assurer de la compatibilité du projet de création d'entreprise avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation. L'activité que l'agent envisage d'exercer ne doit pas porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ou à un principe déontologique (dignité, impartialité, intégrité, probité, neutralité, laïcité, égalité de traitement) et ne doit pas placer l'intéressé en situation de méconnaître l'article 432-12 du Code pénal (délit de prise illégale d'intérêts).

La loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires avait rendu la saisine de la Commission de déontologie de la fonction publique obligatoire pour tous les projets des agents publics de création d'entreprise ou de départ vers le secteur privé. La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a établi un double système de contrôle (article 25 *septies* III de la loi du 13 juil. 1983). Les agents les plus exposés au risque déontologique, 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* », restent soumis à un contrôle préalable systématique de la Haute Autorité. En revanche, pour la majorité des agents publics, le contrôle est exercé sur place par l'autorité hiérarchique et le cas échéant, 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 incombe en premier lieu à l'administration qui emploie l'agent. En cas de doute sérieux sur la compatibilité du projet de l'agent, l'autorité hiérarchique pourra 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.

Le contrôle de la compatibilité du projet de création ou reprise d'entreprise avec les fonctions exercées par l'agent au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation consiste à vérifier « *si l'activité qu'exerce le fonctionnaire 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 présente loi ou de placer l'intéressé en situation de commettre les infractions prévues aux articles 432-12 ou 432-13 du Code pénal* » (article 25 *octies* VI de la loi du 13 juillet 1983 ; CGFP, art. L. 124-12). S'agissant de cumuler une activité publique et une activité professionnelle, le risque d'atteinte au bon fonctionnement, à l'indépendance ou à la neutralité du service est plus fort qu'en cas de départ vers le secteur privé : il y a plus de risque d'interférence ou de confusion entre l'activité principale et l'activité secondaire. Il est par exemple impossible d'imposer à l'agent de s'abstenir d'entrer en contact avec ses anciens collègues puisqu'il est encore en fonction au sein de sa collectivité.

Il s'agit d'apprécier si le projet de création d'entreprise de l'agent :

- d'une part, risque de placer l'agent en situation de prise illégale d'intérêts réprimée par l'article 432-12 du Code pénal ;

- d'autre part, risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service ou de méconnaître un principe déontologique (dignité, impartialité, intégrité, probité, neutralité, laïcité, égalité de traitement).

a) Le risque pénal de prise illégale d'intérêts (art. 432-12 du Code pénal)

L'article 432-12 du Code pénal réprime la prise illégale d'intérêts pendant l'exercice des fonctions. Puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, il sanctionnait, jusqu'à sa modification par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire (art. 15), le fait pour un élu ou un agent public d'avoir un « *intérêt quelconque* » dans une opération ou une entreprise dont il a la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. Un maire a ainsi été condamné à 5 000 euros d'amende pour prise illégale d'intérêts, pour avoir participé à toutes les étapes du processus décisionnel qui a conduit à la vente d'un terrain à une entreprise dont le gérant de l'entreprise attributaire était « *un ami de longue date après avoir été, pendant plusieurs années, un partenaire de golf* »²¹⁰. Un maire a également été déclaré coupable de prise illégale d'intérêts pour avoir recruté sa sœur en qualité de directrice générale des services (et cette dernière a été condamnée pour recel de ce délit), dans la mesure où il était intervenu, en toute connaissance de cause, à tous les stades de la procédure ayant abouti au recrutement²¹¹. La jurisprudence pénale se montre particulièrement sévère²¹² dans la mesure où le délit peut être caractérisé alors que l'élu n'en a retiré aucun avantage effectif. Dans l'arrêt *Ville de Bagneux*²¹³, la Cour de cassation a confirmé la condamnation pour prise illégale d'intérêts (1500 euros d'amende), de quatre élus, respectivement maire, adjoints et conseiller municipal, pour avoir participé aux délibérations et pris part aux votes attribuant des subventions aux associations municipales ou intercommunales qu'ils présidaient ès qualités. Pour tenter de contrecarrer cette jurisprudence sévère, l'expression « *intérêt quelconque* » a été remplacée par celle d'« *intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité* », par la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

²¹⁰ Cass. crim., 5 avril 2018, n° 17-81912.

²¹¹ Cass. crim. 4 mars 2020, n° 19-83390. Sur ce sujet, v. S. Dyens, « Conflits d'intérêts et prise illégale d'intérêts dans la gestion des ressources humaines », *AJCT* 2019, p. 272.

²¹² S. Penaud, « Prise illégale d'intérêts et collectivités territoriales : les effets pervers d'une sévérité jurisprudentielle accrue », *AJCT* 2019, p. 224. V. aussi : C. Olivier, « Élus et agents face au risque pénal. La prise illégale d'intérêts : quels risques aujourd'hui pour les collectivités ? », *AJCT* 2014, p. 534.

²¹³ Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 08-82068.

L'article 432-12 ne vise donc pas spécifiquement les situations de cumul d'activités. Mais la création ou la reprise d'une entreprise en cumul avec les fonctions publiques peut exposer l'agent à des poursuites pénales pour prise illégale d'intérêts dès lors que le fonctionnaire entend créer ou reprendre une entreprise dont il a la charge, au titre de ses fonctions administratives, d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

Le risque pénal est faible s'agissant de la création d'une entreprise, puisque par définition, l'agent n'a pu être chargé d'en assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. Mais il peut exister si l'agent est amené, dans l'exercice de ses fonctions administratives, à surveiller l'entreprise qu'il entend créer. En outre, l'agent doit faire preuve d'une grande prudence dans le choix de ses futurs clients : il ne doit pas avoir pour clients des personnes dont il a la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement dans le cadre de ses fonctions publiques. Ainsi, la Haute Autorité ne s'est pas opposée à ce que la directrice du cabinet et de la communication d'un maire d'une commune de plus de 20 000 habitants crée, en cumul avec ses fonctions publiques, une microentreprise pour entreprendre une activité de conseil en communication politique, en lui imposant de s'abstenir de prendre pour cliente, dans le cadre de son activité privée, toute entreprise dont elle a, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement au sens des dispositions de l'article 432-12 du Code pénal, dans le cadre de ses fonctions actuelles²¹⁴.

b) Le risque d'atteinte aux fonctions précédemment exercées ou à un principe déontologique

L'activité privée que l'intéressée envisage d'exercer ne doit pas compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service. Elle ne doit pas non plus porter atteinte aux obligations et principes déontologiques qui s'imposent aux agents publics (dignité, impartialité, intégrité, probité, neutralité, laïcité, égalité de traitement, etc.) : il ne doit pas y avoir de confusion possible ni d'interférences entre l'entreprise que l'agent envisage de créer et son emploi public, ou plus largement la collectivité publique qui l'emploie.

²¹⁴ Délibération n° 2021-15 du 2 févr. 2021 (résumé en ligne sur le site de la HATVP).

- Un risque élevé en cas d'activité privée exercée dans le même secteur d'activité et dans le même ressort territorial

Le risque d'interférence entre les fonctions publiques et l'activité privée est particulièrement élevé lorsque l'entreprise que l'agent souhaite créer, dans le cadre d'un cumul d'activités, intervient dans le même secteur d'activité que celui dans lequel il exerce ses fonctions publiques et dans le même ressort territorial. Ainsi la Haute Autorité s'est-elle opposée à ce qu'un directeur d'hôpital crée, dans le cadre d'un cumul d'activités, une entreprise destinée à acquérir, gérer et céder des cliniques privées²¹⁵. L'exercice de cette nouvelle activité pourrait en effet entretenir une forme de confusion dans l'esprit des acteurs professionnels de la santé avec lesquels l'intéressé serait amené à entrer en contact. L'impartialité du fonctionnaire pourrait également être mise en cause par l'exercice simultané de deux activités dans le même domaine, l'une impliquant la défense d'un intérêt personnel qui serait susceptible de faire naître un doute légitime quant à l'exercice impartial des fonctions publiques principalement exercées.

- L'obligation de respecter certaines réserves

Selon la doctrine de la Commission de déontologie de la fonction publique, à laquelle a succédé la Haute Autorité, l'autorisation de création d'entreprise peut être accordée à condition que l'agent respecte certaines réserves. Il est généralement exigé que l'agent s'abstienne, dans le cadre de son activité privée, de faire état de sa qualité de fonctionnaire, d'utiliser les informations auxquelles il a accès dans le cadre de ses fonctions administratives et d'avoir pour clients des personnes avec lesquelles il est en contact dans l'exercice de ses fonctions administratives. L'agent doit s'abstenir de toute démarche commerciale sur les lieux de ses fonctions administratives : il ne doit en aucun cas distribuer de cartes de visite au titre de son activité privée dans le cadre de ses fonctions publiques. L'autorité hiérarchique ne peut donc accorder l'autorisation de temps partiel pour création d'entreprise que si elle estime que l'intéressée est en mesure de respecter de telles réserves.

Ainsi, la Commission a donné un avis favorable au projet d'un praticien hospitalier qui souhaitait créer dans le cadre d'un cumul d'activités, une société ayant pour objet le développement et la commercialisation d'applications digitales de suivi à distance des patients atteints de maladie chronique. La Commission a en effet relevé que ces applications n'avaient pas vocation à être commercialisées par la société de l'agent auprès des patients et des

²¹⁵ Délibération n° 2020-76 du 12 mai 2020 (résumé en ligne sur le site de la HATVP).

établissements de santé mais auprès des laboratoires pharmaceutiques. Elle a demandé à l'agent de s'abstenir de faire état de sa qualité de praticien hospitalier dans le cadre de son activité privée (avis n°17H0435 du 9 mars 2017).

- Dignité et pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique

L'agent doit s'abstenir d'exercer une activité susceptible de porter atteinte à la dignité de ses anciennes fonctions. Énoncée à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, l'obligation de dignité s'impose à tout agent public, même en dehors du service, afin qu'il ne porte pas atteinte à l'image de l'administration.

La question se pose notamment pour les activités mettant en œuvre des pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique. À compter d'octobre 2018, la Commission de déontologie de la fonction publique a assoupli sa grille d'analyse s'agissant des pratiques thérapeutiques non conventionnelles, considérant qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier le bien-fondé de l'activité envisagée par l'agent dès lors que cette activité est légale. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'activité privée que l'agent envisage d'exercer, peut être considérée comme incompatible avec les fonctions publiques précédemment exercées, dans la mesure où elle serait manifestement de nature à porter atteinte à l'image de l'administration. Or, selon la Commission, les activités mettant en œuvre des pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique ne peuvent être cumulées, sans porter atteinte à l'indépendance et au bon fonctionnement du service, avec les fonctions administratives des personnels éducatif, médical, médico-social et policier, ou encore avec celles des magistrats administratifs. Ces activités sont également susceptibles de porter atteinte à la dignité attachée à l'exercice des fonctions s'agissant plus généralement des fonctionnaires d'un niveau hiérarchique supérieur. Pour les agents concernés, si ces activités peuvent éventuellement être exercées à la suite d'un départ temporaire ou définitif de la fonction publique, elles sont interdites en cumul (rapport annuel d'activité 2019, p. 52). On peut penser que la Haute Autorité s'inscrira dans la lignée de la jurisprudence de la Commission de déontologie.

Le dernier rapport d'activité (2019) de la Commission de déontologie fournit de nombreux exemples (p. 52-54). La Commission a ainsi considéré que l'activité mettant en œuvre des thérapies complémentaires en énergétique chinoise et hypnothérapie devait être regardée comme une activité de soins non conventionnelle et que le cumul d'une telle activité avec l'exercice des fonctions de professeur en collège risquait de mettre en cause le fonctionnement normal du service (avis 19E0003 du 14 févr. 2019). Dans le même sens, un

chef de service de police municipale ne peut être autorisé à créer une entreprise pour exercer une activité de magnétiseur, « *eu égard à l'autorité qui s'attache aux fonctions de policier* ». Sont sans incidence à cet égard la circonstance que la pratique de soins non conventionnelle soit exercée au domicile de l'intéressé, à quelque 40 km de son lieu de travail (avis n°18T5854 du 17 janv. 2019). De manière générale, la pratique de l'activité de médium ne saurait être cumulée avec l'exercice des fonctions administratives d'un agent sans porter atteinte à la dignité de ces fonctions, quelles que soient ces dernières (avis n° 19T6259 du 17 oct. 2019). Enfin, une diététicienne exerçant au sein d'un EPHAD ne peut exercer en cumul une activité privée lucrative d'ethnomédecine chinoise, qui doit être considérée comme une activité de soins non conventionnelle (avis n° 19H0154 du 14 févr. 2019).

À l'inverse, un agent assistant socio-éducatif principal peut exercer en cumul les activités d'éducateur spécialisé et de sophrologue, sous réserve qu'il s'abstienne de prendre en charge des personnes rencontrées dans le cadre de l'exercice de ses fonctions administratives, de tout démarchage sur le lieu d'exercice de ses fonctions ainsi que de faire état de sa qualité de fonctionnaire dans l'exercice de son activité privée (avis n°18H6211 du 17 janv. 2019). En outre, les activités à visée thérapeutique doivent être distinguées des activités de bien-être. À ce titre, les massages classiques à base d'huiles qui ont une simple finalité de bien-être, à la différence des massages à visée thérapeutique, peuvent être exercés en cumul par une auxiliaire de puériculture. De même, la réflexologie plantaire n'a pas été considérée comme une pratique non conventionnelle à visée thérapeutique. Ces activités sont donc autorisées avec les réserves classiquement émises dans le cadre de demandes de cumul avec des activités à visée non thérapeutique (avis n°19H0157 du 14 févr. 2019). Dans le même sens, une puéricultrice peut être autorisée à cumuler ses fonctions administratives dans le domaine de la santé avec une activité de neuro-training dès lors que cette activité s'assimile à du coaching et ne constitue ainsi pas une pratique non conventionnelle de soins (avis n° 19H5415 du 12 sept. 2019).

C. Les activités susceptibles d'être exercées librement

La production des œuvres de l'esprit (1) tout comme les activités relevant de la liberté de gestion du patrimoine personnel et familial (2) ne nécessitent pas d'autorisation. L'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif est libre, à condition toutefois que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service et ne place pas l'intéressé en situation de méconnaître l'article 432-12 du Code pénal (3). Enfin, les membres du personnel enseignant,

technique ou scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique peuvent exercer librement les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions (4).

1. La production des œuvres de l'esprit

Aux termes de l'article 25 *septies* V de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, « *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 de l'article 26 de la présente loi* ». Ces dispositions figurent à l'article L. 123-2 du CGFP. Il s'agit là de la reprise d'une dérogation ancienne, déjà prévue dans le décret-loi de 1936. Même si l'agent n'en a juridiquement pas l'obligation, il peut néanmoins, dans un souci de transparence, informer sa collectivité de cette activité, notamment si celle-ci devenait lucrative.

- a) Le caractère indicatif de la liste figurant à l'art. L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle

La loi n'a pas donné de définition précise des œuvres de l'esprit. Elle s'est contentée de fournir une liste (art. L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle).

« *Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent Code :*

1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;

2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ;

3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;

4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ;

5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ;

6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;

7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;

8° Les œuvres graphiques et typographiques ;

9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;

10° Les œuvres des arts appliqués ;

11° *Les illustrations, les cartes géographiques ;*

12° *Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;*

13° *Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;*

14° *Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement. »*

Cette liste est indicative. Des productions qui ne figurent pas expressément dans cette liste peuvent donc être qualifiées d'œuvres de l'esprit. Les tribunaux exigent que soient exactement déterminés les contours et les caractéristiques de la forme dont la protection est revendiquée, ce qui suppose la démonstration de l'existence d'une forme précise, créée et accessible à l'un des cinq sens (vue, ouïe, toucher, odorat, goût). L'exigence d'une forme entraîne la non protection des simples idées, concepts, principes, méthodes, fonctionnalités, algorithmes, etc. La forme créée doit, en outre, être originale, c'est-à-dire qu'elle doit porter l'empreinte de la personnalité de son auteur (façon de voir et de traiter le sujet, d'exprimer un sentiment) une touche personnelle ou encore des choix libres et créatifs.

La question se pose, par exemple, s'agissant de la réalisation de jeux de sociétés. Un jeu de société, qui se résume à une simple règle du jeu, n'est pas une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur (TGI Paris, 17 oct. 2012). Dans cette décision, le tribunal a précisé que « *seule est éligible à la protection par le droit d'auteur, non pas l'idée, qui est de libre parcours, mais la mise en forme de l'idée en une création perceptible, dotée d'une physionomie propre portant l'empreinte de la personnalité de son auteur* ». En revanche, dans la mesure où le jeu de société ne se résume pas à une règle du jeu mais se concrétise par une fabrication artisanale originale, empreinte de la personnalité de son créateur, il pourra être considéré comme une œuvre de l'esprit et ainsi être créé et vendu librement, sans autorisation de cumul. Il faut que le conditionnement du jeu présente un effort créatif certain (v. la décision du TGI de Paris du 6 mai 2010, à propos d'une action en contrefaçon exercée par les auteurs du jeu « *Jungle Speed* », lequel a été considéré dans cette décision comme une œuvre de l'esprit).

b) L'exclusion des activités essentiellement commerciales

Conformément à la jurisprudence de l'ancienne Commission de déontologie²¹⁶, la production d'œuvres de l'esprit correspond à des activités essentiellement artistiques (une personne qui photographie les montagnes, un illustrateur qui expose dans des galeries d'art, etc.). En revanche, les activités qui, par leur dimension essentiellement commerciale (les agents concernés répondent à une commande précise), ne peuvent être considérées comme des œuvres de l'esprit : photographe de mariage, rédacteur local de presse, illustrateur dans l'édition, etc. Dans cette seconde hypothèse, l'agent doit solliciter le bénéfice d'une autorisation de temps partiel pour création ou reprise d'entreprise.

c) Le respect du devoir de réserve et des obligations de secret et discrétion professionnels

Un agent peut-il librement publier un roman qu'il a écrit en dehors de ses heures de service ? S'agissant de la production d'œuvres de l'esprit, l'agent n'a pas besoin d'autorisation de cumul pour écrire et publier un livre. Toutefois, dans un souci de dialogue avec son employeur, l'agent peut informer son supérieur hiérarchique de la publication du livre avant sa parution : il vaut mieux qu'il l'apprenne par lui plutôt qu'il ne le découvre par hasard. Par ailleurs, l'agent doit respecter les obligations de secret et de discrétion professionnels, énoncées à l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983²¹⁷, ainsi que le devoir de réserve, consacré par la jurisprudence. Autrement dit, l'agent ne doit pas révéler dans son livre, des faits, informations ou documents dont il a eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (discrétion), ni des informations relatives à des usagers du service (secret). En outre, conformément au devoir de réserve, l'agent, même sous couvert de l'anonymat, ne doit pas critiquer le fonctionnement de son administration, ni se moquer de ses collègues, même en remplaçant leurs noms par des noms imaginaires²¹⁸. S'il critique publiquement une politique publique, il doit à tout le moins éviter de le faire en sa qualité d'agent public.

²¹⁶ V. la FAQ en ligne sur le portail de la fonction publique : https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/carrieres_et_parcours_professionnel/com_deontologie/FAQ.pdf

²¹⁷ CGFP, art. L. 121-7.

²¹⁸ V. l'affaire *Zoé Shepard* : une administratrice territoriale a fait l'objet d'une sanction disciplinaire d'exclusion temporaire de fonctions de dix mois, dont six mois avec sursis, pour avoir publié, sous le pseudonyme Zoé Shepard, un pamphlet intitulé *Absolument dé-bor-dée !*, dénonçant en termes satiriques, à partir de ses observations personnelles mais dans un cadre communal imaginaire, les dysfonctionnements de l'administration territoriale décentralisée. Son recours en annulation fut rejeté par le TA de Bordeaux, 31 déc. 2012, n° 1003360, *AJFP* 2013, p. 279, note F. Amblard.

2. La gestion du patrimoine personnel et familial

La liberté de gestion du patrimoine personnel et familial par les agents publics n'est plus expressément énoncée depuis la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Toutefois, les agents publics demeurent libres de gérer leur patrimoine personnel et familial, comme l'a confirmé la Commission de déontologie de la fonction publique²¹⁹. Selon cette dernière, 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 professionnelle²²⁰. Le caractère professionnel est 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 juil. 2016).

a) La gestion de chambres d'hôtes et la location d'appartements

La création d'une micro-entreprise ayant pour objet la gestion de chambres d'hôtes n'est pas soumise à autorisation dès lors que 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 fonctionnaire²²¹.

L'agent public peut librement gérer son patrimoine immobilier personnel, et ainsi percevoir les loyers d'un appartement dont il serait propriétaire. D'après la circulaire ministérielle n° 2157 du 11 mars 2008 relatif au cumul d'activités (p. 5), adoptée sous l'empire de la législation antérieure, la liberté de gestion du patrimoine personnel et familial de l'agent public « a pour limite l'acquisition de la qualité de dirigeant ou 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 de dirigeant. Il peut 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 ». En revanche,

²¹⁹ V. par exemple rapport d'activité 2017, p. 49.

²²⁰ V. rapport d'activité 2017, p. 49 :

https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/publications/coll_outils_de_la_GRH/deontologie/rapport-deontologie-2017.pdf

²²¹ V. Commission de déontologie de la fonction publique, avis n°16T1779 du 7 juillet 2016, in rapport d'activité 2017, p. 50.

selon la Commission de déontologie, 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* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (avis n°16E1826 du 7 juillet 2016).

b) La détention de parts sociales et la gérance d'une société familiale

La loi interdit aux agents publics « *de participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif* »²²². Le fait que l'activité de dirigeant soit bénévole ne permet pas de contourner cette interdiction qui vise toute société à but lucratif. Toutefois, un fonctionnaire peut détenir librement, sans avoir besoin d'obtenir d'autorisation au préalable, des parts sociales ou des actions dans une société, à condition qu'il n'y tienne qu'un rôle d'associé non actif. Il ne doit pas participer aux organes de direction de la société. D'après la circulaire ministérielle n° 2157 du 11 mars 2008 relatif au cumul d'activités (p. 5), la liberté de gestion du patrimoine personnel et familial de l'agent public « *a pour limite l'acquisition de la qualité de dirigeant ou 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 de dirigeant* ».

En outre, au titre de la liberté de gestion du patrimoine personnel et familial, le fonctionnaire peut en principe être gérant ou cogérant d'une SCI ou d'une micro-entreprise créée pour la gestion de ce patrimoine. Il ne faut donc pas que l'entreprise soit le support d'une véritable activité professionnelle. Pour sécuriser les agents, il serait néanmoins opportun d'inscrire expressément dans la loi ou le décret que l'agent public peut exercer la gérance d'une société civile immobilière pour gérer son patrimoine immobilier personnel.

Par ailleurs, sur le fondement de l'article 25 *septies* IV de la loi du 13 juillet 1983, l'agent peut être autorisé par son autorité hiérarchique à exercer, à titre accessoire, l'activité de conjoint collaborateur. « *Dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions qui lui sont confiées et n'affecte pas leur exercice* »²²³, elle peut être exercée en cumul avec les fonctions publiques à temps complet et à temps plein. Est considéré comme conjoint collaborateur, le conjoint (marié ou pacsé) d'un 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.

²²² L. 1983, art. 25 *septies* I, 2° ; CGFP, art. L. 123-1.

²²³ L. 1983, art. 25 *septies* IV ; CGFP, art. L. 123-7.

En dehors de ces cas particuliers, le fonctionnaire qui souhaite être dirigeant d'entreprise doit, 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 à exercer, à ce titre, une activité privée lucrative (article 25 *septies* III de la loi du 13 juillet 1983, *supra*). Il exerce alors nécessairement les fonctions de dirigeant au sein de l'entreprise qu'il a été autorisé à créer ou à reprendre. Ainsi, pour devenir gérant ou cogérant d'une société, le fonctionnaire doit préalablement obtenir l'autorisation d'exercer ses fonctions publiques à temps partiel.

c) La gestion d'une exploitation agricole familiale

Selon les dispositions de l'article 11 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique, parmi les activités accessoires susceptibles d'être autorisées par l'autorité hiérarchique en cumul avec les fonctions publiques exercées à temps complet et à temps plein, figure la catégorie suivante: « 4° *Activité agricole au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime dans des exploitations agricoles constituées ou non sous forme sociale* ». En pratique, l'activité agricole « *accessoire* » correspond à celle d'un agent public qui possède un patrimoine modeste (cultures de petite taille, cultures vivrières...) et qui souhaite 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 (circulaire n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités).

Si une activité accessoire peut donner lieu à la création d'une micro-entreprise, en revanche, elle ne peut donner lieu à la création ou la reprise d'une société civile ou commerciale pour exploiter une activité agricole. Toutefois, là encore, il existe une certaine tolérance, qui mériterait d'être inscrite dans la loi, ou le décret, au titre de la liberté de gestion du patrimoine personnel et familial. La circulaire n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités²²⁴ énonçait que l'agent public peut reprendre une société pour exploiter une activité agricole « *afin de protéger la transmission des biens familiaux, dans le cas par exemple où l'agent se retrouve le conjoint survivant d'un exploitant agricole, ou bien l'héritier d'une exploitation de ce type* ».

✓ Proposition n° 10

Inscrire expressément dans la loi ou le décret que l'agent public peut diriger une entreprise qui n'est pas le support d'une activité professionnelle, au titre de la liberté de gestion du patrimoine personnel et familial (gérance d'une société civile immobilière pour gérer son

²²⁴ V. la circulaire p. 10 : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2009/05/cir_26274.pdf

patrimoine immobilier personnel ou reprise d'une société civile ou commerciale pour exploiter une activité agricole).

3. Les activités bénévoles et non professionnelles

Activités non professionnelles.- De manière générale, l'agent public peut exercer librement une activité privée lucrative dès lors que celle-ci ne prend pas un caractère professionnel. Cette interprétation résulte d'une lecture *a contrario* du I de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983, qui interdit au fonctionnaire « *d'exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit, sous réserve des II à V du présent article* ». Le Collège de déontologie des juridictions financières a également retenu une telle interprétation, en considérant qu'une activité peut être qualifiée d'activité privée si elle revêt un caractère occasionnel, si la rémunération perçue est très limitée, et si celle-ci n'est pas exercée dans un cadre, tel qu'un contrat de travail, qui lui donne par nature un caractère professionnel (avis n°2018-03 et -05).

Distinction des activités bénévoles à but non lucratif et des activités lucratives non rémunérées.- Ensuite, comme le précise l'article 10 du décret du 30 janvier 2020, « *l'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif est libre* ». Cette disposition ne s'étend pas aux activités bénévoles pour le compte de personnes privées à but lucratif. Le I de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (art. L. 123-1 du CGFP) interdit aux agents publics « *de participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif* ». Le fait que l'activité de dirigeant soit bénévole ne permet pas de contourner cette interdiction qui vise toute société à but lucratif. Dans le même sens, la Haute Autorité a estimé qu'une activité professionnelle exercée pour le compte d'une entreprise privée constitue par nature une activité privée lucrative au sens des dispositions du III de l'article 25 octies, quand bien même elle ne donne pas lieu à rémunération. Une telle activité doit, dès lors, faire l'objet d'une autorisation préalable au titre de ces dispositions. À ce titre, une activité de consultant *senior* pour le compte d'un cabinet de conseil aux entreprises constitue par nature une activité privée lucrative devant faire l'objet d'un contrôle préalable, et ce même si l'activité n'est pas rémunérée²²⁵.

Activités à but non lucratif interdites.- En outre, même s'il s'agit d'une activité à but non lucratif, un agent public n'a pas le droit de donner des consultations, procéder à des expertises ou plaider en justice contre une personne publique (v. *infra*).

²²⁵ Délibération n° 2021-191 du 19 oct. 2021 (résumé en ligne sur le site de la HATVP).

Sapeur-pompier volontaire.- L'agent peut également exercer l'activité de sapeur-pompier volontaire (SPV), qui, selon l'article L. 723-5 du Code de la sécurité intérieure, « repose sur le volontariat et le bénévolat » et « n'est pas exercée à titre professionnel mais dans des conditions qui lui sont propres ». L'article L. 723-9 précise dans le même sens que « l'activité de sapeur-pompier volontaire est à but non lucratif. Elle ouvre droit à des indemnités horaires ainsi qu'à des prestations sociales et de fin de service ». Le SPV bénéficie d'autorisations d'absence qui ne peuvent lui être refusées que lorsque les nécessités du fonctionnement de l'entreprise ou du service public s'y opposent (article L. 723-12).

4. L'exercice de professions libérales par certaines catégories d'agents

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 (art. 25 septies V, 2e al., repris à l'article L. 123-3 du CGFP). Comme la production des œuvres de l'esprit, il s'agit d'une dérogation ancienne, déjà prévue par le décret-loi de 1936. Si la loi n'impose ni l'obligation de solliciter, avant d'exercer une profession libérale, l'autorisation de leur employeur, ni même celle de déclarer leur activité préalable, une information préalable de celui-ci est fortement recommandée, comme le précise la circulaire du 11 mars 2008 relatif au cumul d'activités. 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 agents concernés et de veiller au respect des règles déontologiques qui s'imposent aux fonctionnaires. L'activité ne doit pas être poursuivie au détriment des fonctions publiques.

Les professeurs d'université et assimilés peuvent donc exercer la profession d'avocat, à condition de ne pas plaider ou donner une consultation contre l'État ou une personne publique (L. 1983, art. 25 septies I ; art. L. 123-1 du CGFP)²²⁶. Il a ainsi été jugé qu'un professeur de droit ne peut pas plaider en qualité d'avocat dans un litige opposant son client à l'administration des domaines²²⁷, ni devant une juridiction pénale lorsqu'il s'agit de poursuites pour fraude fiscale, l'infraction portant directement atteinte au patrimoine et à l'autorité de la puissance publique²²⁸. La méconnaissance de cette interdiction fait encourir à son auteur des sanctions

²²⁶ Guglielmi G., « Un avocat professeur de droit ne doit pas plaider contre l'État », *AJFP* 2000, p. 51.

²²⁷ CE, 9 nov. 1954, *Bertrand, Leb.* p. 583.

²²⁸ CE, 6 oct. 1976, *Badinter et Bredin, Leb.* p. 394 ; concl. Massot in *Gaz. Pal.* 1977.I.59.

disciplinaires et pécuniaires mais n'affecte pas la validité de l'action juridictionnelle engagée par lui au nom de son client²²⁹.

En revanche, un professeur d'enseignement théorique de dessin industriel en bâtiment dans un collège ne peut pas tenir un cabinet d'études concernant le béton armé à l'usage des architectes et entrepreneurs²³⁰ ; un professeur certifié de sciences et techniques économiques des collèges et lycées ne peut pas exercer la profession d'expert-comptable²³¹. La profession de psychanalyste ne découle pas des fonctions d'instituteur, même si celui-ci était chargé de cours à l'institut régional de formation des maîtres pour l'enfance inadaptée pour y dispenser un enseignement sur la psychologie à l'école²³².

Dans son rapport de 1998, le Conseil d'État s'est interrogé sur l'intérêt de maintenir cette dérogation « *qui semble donner lieu à des abus, peu nombreux mais chacun de grande ampleur* » : « *pour certains professeurs d'université semble-t-il, l'activité principale est devenue accessoire et vice-versa : ils exercent d'abord une activité libérale, sur laquelle ils prennent quelques heures pour donner leur enseignement de professeur d'université* »²³³. Pour ne pas provoquer de trop grands bouleversements à l'université et afin de ne pas couper les liens nécessaires entre l'université et le secteur économique privé, le Conseil d'État proposait que les professeurs d'université qui souhaiteraient exercer une profession libérale en fassent la déclaration au président de l'université (lequel pourrait s'opposer à tout moment, dans l'intérêt de la bonne exécution du service, à la poursuite de cette activité privée), et qu'ils ne puissent recevoir de l'université aucune rémunération au titre des heures complémentaires²³⁴. Il paraît en effet indispensable d'imposer un régime de déclaration préalable.

En comparaison, les architectes fonctionnaires ou agents publics peuvent être autorisés à exercer à titre individuel et sous forme libérale, sur le fondement de l'article 14 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, des missions de conception et de maîtrise d'œuvre pour le compte d'autres collectivités publiques ou au profit de personnes privées. L'article 2 du décret du 27 janvier 1982 qui complète ces dispositions législatives, exige toutefois qu'ils obtiennent au préalable, pour chaque mission, l'autorisation écrite de l'autorité hiérarchique

²²⁹ CE, Sect., 6 nov. 1992, *Min. du budget c. SCI Les Hameaux de Perrin*, p. 395 ; chron. Maugüé C. et Schwartz R., *AJDA* 1992, p. 797.

²³⁰ CE, 23 juin 1982, *Sieur Mesnard*, *Leb.* p. 654.

²³¹ CE, 3 déc. 1986, *Min. de l'éducation nationale c. Sieur Vinck*, *Leb.* p. 273.

²³² CE, 22 juil. 1992, *Sobol*, *Leb.* p. 1066.

²³³ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Le cumul d'activités et de rémunération des agents publics*, 30 nov. 1998, p. 32-33.

²³⁴ *Ibid.* p. 33.

dont ils relèvent²³⁵. En outre, l'autorisation ne peut être accordée que si la mission ne concerne pas « l'aire géographique où ils ont compétence en qualité de fonctionnaire ou d'agent public »²³⁶.

✓ *Proposition n° 11*

Imposer un régime de déclaration préalable pour l'exercice, par les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique, des professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions.

5. Le contrat vendanges

Sur le fondement l'article L. 718-6 du Code rural et de la pêche maritime, les agents publics peuvent bénéficier du « *contrat vendanges* » défini à l'article L. 718-4 du Code rural et de la pêche maritime. Le « *contrat vendanges* » a une durée maximale d'un mois. Un salarié peut recourir à plusieurs contrats vendanges successifs, sans que le cumul des contrats n'excède une durée de deux mois sur une période de douze mois (art. L. 718-5). Les intéressés n'ont pas besoin d'autorisation de cumul, comme pour l'exercice d'une activité accessoire. Ils doivent toutefois obtenir l'accord de leur employeur habituel quant à la date et la durée de leurs congés avant de s'engager à vendanger.

²³⁵ Art. 2 du décret n° 81-420 du 27 avril 1981 relatif au cumul de missions de conception et de maîtrise d'œuvre par certaines catégories d'architectes fonctionnaires ou salariés de l'État ou des collectivités publiques.

²³⁶ *Ibid.*, art. 4.

Section 2. Les projets de départ vers le secteur privé des agents publics

Le départ vers le secteur privé des agents publics, qu'il soit temporaire ou définitif n'est pas interdit mais il est doublement encadré par des règles pénales et statutaires. L'objectif est, d'une part, d'éviter qu'un agent ne soit tenté, par anticipation, d'avantager une entreprise dans laquelle il peut espérer être recruté à brève échéance, et d'autre part, de limiter le risque que des agents publics soient débauchés par le secteur privé avec lequel ils étaient en relation dans le cadre de leurs fonctions publiques. Il s'agit enfin d'éviter que l'ancien fonctionnaire cherche à faire bénéficier son nouvel employeur du réseau de relations ou d'amitiés qu'il a pu se créer dans la fonction publique ou lui transmette certaines informations non publiques²³⁷.

La loi budgétaire du 6 octobre 1919 (art. 10) introduit un nouvel alinéa à l'article 175 du Code pénal relatif à l'ingérence dans l'exercice des fonctions, afin de sanctionner les ingérences après l'exercice des fonctions. Cet article deviendra d'abord l'article 175-1 puis, avec la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992, l'article 432-13 du nouveau Code pénal.

Les incriminations pénales relatives à l'ingérence pendant et suivant l'exercice des fonctions publiques sont complétées par l'obligation de désintéressement pendant et suivant l'exercice des fonctions, consacrée dans les statuts successifs de la fonction publique. Le décret n° 91-109 du 17 janvier 1991, pris pour l'application de l'article 72 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, définit enfin « *les activités privées qu'en raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou a été mis en disponibilité ne peut exercer* ». C'est ce texte qui a institué la commission qui deviendra la Commission de déontologie de la fonction publique, chargée d'émettre un avis sur la compatibilité des activités privées envisagées avec les fonctions administratives effectivement exercées par le fonctionnaire concerné, afin que les fonctionnaires ne s'exposent pas à des poursuites pénales pour prise illégale d'intérêts (v. *supra*, titre 1^{er}, section 1). Désormais, le projet de départ d'un agent public vers le secteur privé est soumis à un contrôle déontologique préalable sur la compatibilité de l'activité envisagée avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant le début de cette activité. C'est en principe à l'autorité hiérarchique qu'il revient d'apprécier la compatibilité du

²³⁷ Lasserre Capdeville J., « Le délit de "pantouflage" », *AJCT* 2011, p. 395.

projet de création d'entreprise avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation. En cas de doute sérieux, l'autorité hiérarchique saisit le référent déontologue. Si l'avis rendu par ce dernier n'a pas permis de lever le doute, l'autorité hiérarchique saisit la HATVP.

Les règles encadrant le départ vers le secteur privé des agents publics (§1) sont appliquées *in concreto* par le référent déontologue, chargé d'évaluer les risques juridiques auxquels s'exposent un agent public qui souhaite rejoindre le secteur privé (§ 2).

§ 1. L'encadrement juridique des départs progressivement renforcé

Le départ d'agents publics vers le secteur privé, qu'il soit temporaire ou définitif, fait l'objet d'un double encadrement, pénal (A) et statutaire (B).

A. Le cadre pénal

Apparu en 1919, le délit de prise illégale d'intérêts suivant l'exercice des fonctions, qui figure aujourd'hui à l'article 432-13 du Code pénal, a connu des modifications successives, qui vont plutôt dans le sens d'une réduction de son champ d'application, notamment temporel (1). S'il ne donne lieu qu'à de rares condamnations d'agents publics par le juge pénal, il est également appliqué par le juge administratif : les dispositions de l'article 432-13 du Code pénal font obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire dans un poste où, quelle que soit la position statutaire qu'il serait amené à occuper, il contreviendrait à ces dispositions (2).

1. Historique

Aux termes de l'article 432-13 du Code pénal, dans sa rédaction actuelle issue de la loi 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique :

« 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'État 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 ».

Cette infraction trouve son origine dans l'article 10 de la loi budgétaire du 6 octobre 1919, complétant l'ancien article 175 du Code pénal²³⁸. L'article 111 de la loi de finances pour 1961 (loi n° 60-1384 du 23 décembre 1960) étend l'obligation aux agents des sociétés nationales et d'économie mixte. Il supprime la condition du contrôle « *direct* » sur l'entreprise privée : un simple contrôle suffit, comme suffit le fait d'avoir passé avec cette entreprise des « *contrats ou marchés de toute nature* », ou d'avoir seulement exprimé un « *avis* ». Il interdit enfin le passage dans les filiales, les sociétés-mères, et les entreprises liées par des contrats d'exclusivité. La loi n° 67-167 du 17 juin 1967 alourdit les peines, et sépare les dispositions sur l'ingérence au cours des fonctions, qui demeurent à l'article 175, des dispositions sur le « *pantouflage* », qui vont s'inscrire à l'article 175-1.

²³⁸ Le principe de cette interdiction quinquennale apparaissait déjà dans un décret du 30 mars 1895, pour les fonctionnaires du contrôle du chemin de fer, avec le même délai de carence de cinq ans. Faute de sanctions, cet interdit précurseur était resté assez platonique.

Aux dispositions de l'article 175-1, la loi du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du Code pénal a substitué celles de l'article 432-13 relatives au délit de prise illégale d'intérêt. Il est précisé à l'alinéa 3 de l'article 432-13 que pour l'application de ces dispositions est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé. Il s'agit là d'une nouveauté introduite par le nouveau Code pénal, qui avait été demandée par la Cour des comptes, considérant que des entreprises publiques embauchant d'anciens fonctionnaires ayant assuré leur surveillance ou contrôle pourraient être favorisées dans leurs relations avec l'État par rapport à leurs concurrentes privées (v. la circulaire du 14 mai 1993 commentant le nouveau Code pénal). Le problème est le même au niveau des sociétés d'économie mixte ou publiques locales.

Le texte de l'article 432-13 a ensuite été modifié par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique (art. 17). Depuis sa création en 1919, le délit de prise illégale d'intérêts après cessation des fonctions impliquait le respect d'une durée d'interdiction de cinq ans pour qu'un fonctionnaire qui part dans le privé puisse y exercer une activité incompatible avec ses anciennes fonctions. Ce délai a été ramené à trois ans par la loi du 2 février 2007 (le projet du Gouvernement prévoyait deux ans). Le délai de 5 ans est finalement apparu excessif, notamment au vu des dispositions en vigueur dans les autres pays de l'OCDE, et parce que « *susceptible de poser des difficultés aux gestionnaires, car il peut inciter des fonctionnaires à refuser des postes à responsabilité dans l'administration pour ne pas encourir l'interdiction pénale* » (exposé des motifs du projet de loi).

La rédaction de l'article 432-13 du Code pénal issue de la loi du 2 février 2007 précise que le contrôle du juge répressif s'exerce sur les fonctions administratives que l'agent a « *effectivement exercées* ». Le caractère concret du contrôle du juge répressif est ainsi renforcé. Celui-ci implique un examen des actes effectivement accomplis, ou sciemment omis, et non la seule analyse des fonctions théoriques que l'agent était en droit d'exercer en raison de ses attributions. Ce faisant, comme le souligne le professeur Olivier Dord, « *avec cet affinement du contrôle juridictionnel, l'article 432-13 du Code pénal s'éloigne de la finalité qui lui est assignée depuis l'origine : moins sanctionner l'agent fautif que protéger l'administration de la suspicion* »²³⁹. Il s'agissait de contrecarrer la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait en effet jugé que l'article 175-1 susvisé n'exigeait pas que l'agent ait procédé par lui-même à des

²³⁹ Dord O., « Pantouflage : des règles simplifiées pour un contrôle renforcé », *AJDA* 2007, p. 516.

contrôles directs : pour la Haute Juridiction, il suffisait, au regard de cet article, que le fonctionnaire ait eu une mission générale de contrôle ou de surveillance²⁴⁰.

De façon moins substantielle, la loi du 2 février 2007 ajoute à la liste des fonctions pouvant créer une incompatibilité le fait de « *proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par l'entreprise* ». Une lacune est ainsi comblée dans la prise en compte des fonctions de responsabilité pouvant être à l'origine d'une prise illégale d'intérêts.

En revanche, le Parlement, à l'initiative du Sénat, a heureusement écarté le dispositif de permission législative qui figurait dans le projet de loi initial. Un délit spécifique sanctionnant l'absence de saisine de la Commission de déontologie avant d'exercer une activité privée était institué. En contrepartie, le délit de prise illégale d'intérêts aurait été inapplicable aux agents ayant reçu un avis exprès de compatibilité de cet organisme.

L'article 432-13 a été modifié en dernier lieu par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, qui ajoute aux personnes visées les membres du Gouvernement et les titulaires d'une fonction exécutive locale. La loi du 11 octobre 2013 a également considérablement aggravé les sanctions encourues en portant la sanction du délit de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende à trois ans d'emprisonnement et 200 000 € dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. Dans les mêmes conditions que celles concernant le délit de l'article 432-12 du Code pénal, le délit de l'article 432-13 peut être assorti des peines complémentaires fixées par l'article 432-17 du Code pénal : « ...1° *L'interdiction des droits civils, civiques et de famille, suivant les modalités prévues par les articles 131-26 et 131-26-1 ; ...2° L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ; ...3° La confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131-21, des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de*

²⁴⁰ Cass. crim. 15 nov. 1982, no 82-91.343, *Bull. crim.*, n° 254 ; *Rev. sc. crim.* 1983, p. 469, obs. Vitu : la Cour relevait en l'espèce, le prévenu étant un ancien inspecteur des impôts, « *que, pour déclarer X... coupable de l'infraction précitée, la cour d'appel, répondant aux conclusions du prévenu, reprises au moyen, dans lesquelles il alléguait n'avoir jamais eu à connaître durant ses fonctions des dossiers concernant les entreprises privées dénommées dans la plainte et qu'il avait conseillées depuis sa révocation, énonce que, s'il est vrai que X... n'a jamais effectué lui-même de contrôles auprès des firmes en cause, il avait cependant accès à leurs dossiers fiscaux qu'il pouvait consulter à sa guise, étant ainsi en mesure de faire usage des connaissances acquises lors de son rôle de conseil* ».

restitution ; ...4° l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 ».

2. Application par les juges pénal et administratif

Jurisprudence pénale.- Très peu d'agents publics sont condamnés sur le fondement des dispositions du Code pénal réprimant la prise illégale d'intérêts suivant l'exercice des fonctions²⁴¹.

L'infraction suppose qu'un agent public ayant quitté temporairement ou définitivement la fonction public ait été chargé de la surveillance ou du contrôle d'une entreprise privée, de la conclusion de contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de la formulation d'un avis sur de tels contrats, de la proposition directe à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par des entreprises privées ou de la formulation d'un avis sur de telles décisions, ces deux dernières missions ayant été introduites par la loi précitée de 2007. S'agissant plus particulièrement de la surveillance ou du contrôle, il faut noter que le texte n'exige pas une tutelle directe de l'agent et c'est effectivement ce qui a été jugé à l'encontre d'un ancien inspecteur vérificateur des impôts qui n'avait effectué aucune vérification auprès des entreprises qu'il devait conseiller par la suite²⁴².

Dans le cadre de l'affaire *Pérol*, la Cour de cassation a retenu une interprétation assez large, en estimant que l'article 432-13 du Code pénal n'exige pas que l'intervention de l'agent s'inscrive dans le processus formalisé des décisions administratives. La nomination de François Pérol, ancien secrétaire général adjoint de l'Elysée, à la tête du nouvel ensemble né de la fusion des Banques populaires et des Caisses d'épargne (CEBP), a en effet déclenché de vives polémiques²⁴³. Alors qu'elle aurait dû l'être, elle n'a pas été précédée de la saisine de la Commission de déontologie de la fonction publique, alors présidée par Olivier Fouquet, laquelle avait envisagé une démission collective en signe de protestation. Deux membres de la Commission ont tout de même démissionné²⁴⁴. Dans cette affaire, plusieurs syndicats du

²⁴¹ Nadal J.-L., *Renouer la confiance publique - Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, janv. 2015, p. 123-124.

²⁴² Cass. crim. 15 nov. 1982, *Bull. crim.* n° 254; RSC 1983. 469, obs. Vitu. Cass. crim. 15 nov. 1982, *Bull. crim.* n° 254; RSC 1983. 469, obs. Vitu. Selon la Cour, peu importe que l'intéressé, durant l'exercice de ses fonctions publiques, n'ait pas été appelé à procéder par lui-même à des contrôles directs à l'égard de ces entreprises ; il suffit, en effet, au regard de cet article, que le fonctionnaire ait eu une mission générale de contrôle ou de surveillance.

²⁴³ Le Roy M., « Libres propos sur l'affaire *Pérol* et le transfert des agents publics vers le secteur privé », *Dalloz actualité*, 25 sept. 2009.

²⁴⁴ Jacques Chabrun, conseiller maître honoraire en retraite à la Cour des comptes et Pierre-Yves Richard, conseiller maître à la Cour des comptes.

personnel des banques ont porté plainte et s'étaient constitués partie civile du chef de prise illégale d'intérêts contre M. Pérol en lui reprochant d'avoir surveillé l'opération de fusion entre les Caisses d'épargne et les Banques populaires avant d'être nommé président du directoire de la Caisse nationale des caisses d'épargne et directeur général de la Banque fédérale des banques populaires. Le juge d'instruction ayant dit y avoir lieu à informer, la chambre de l'instruction, sur appel du ministère public, avait déclaré irrecevables les constitutions de partie civile au motif que « *de façon manifeste au regard de la nature de ses fonctions, le secrétaire général adjoint à la présidence de la République n'était pas intervenu et ne pouvait pas intervenir dans le processus formalisé de prise de décisions administratives relatives à la fusion et à la recapitalisation des établissements bancaires et qu'en conséquence, les investigations envisagées par le juge d'instruction n'étaient pas utiles à la manifestation de la vérité* ». Mais la Chambre criminelle a censuré l'arrêt, reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas recherché la nature des fonctions effectivement exercées par l'intéressé, dans la mesure où « *l'article 432-13 du Code pénal n'exige pas que l'intervention du fonctionnaire s'inscrive dans le processus formalisé des décisions administratives* »²⁴⁵. François Pérol a finalement été mis en examen à l'hiver 2014. À l'issue de 6 jours d'audience début juillet 2015, le parquet a requis deux ans de prison avec sursis et l'interdiction d'exercer toute fonction publique. Le tribunal correctionnel de Paris a prononcé le 24 septembre 2015 la relaxe de François Pérol, estimant qu'aucune des charges retenues par l'accusation n'apportait la preuve de l'infraction pour laquelle il était poursuivi, dans un jugement détaillé de 163 pages. Le parquet national financier avait alors fait appel. L'avocat général avait requis en mars deux ans de prison avec sursis, 30 000 euros d'amende et une interdiction d'exercer toute fonction publique contre lui, soit la peine maximale encourue. Mais la cour d'appel a confirmé la relaxe par une décision du 30 juin 2017.

L'élément matériel du délit est une ingérence ou prise d'intérêt, définie par la loi comme le fait de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux - sauf en cas de participation au capital de sociétés cotées en bourse ou en cas de dévolution successorale de capitaux - dans l'une des entreprises contrôlé ou surveillée au titre des anciennes fonctions, avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions. À titre d'exemple, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation confirmant la condamnation sur le fondement de l'ancien article 175-1 du Code pénal, d'un ancien inspecteur des impôts ayant exercé dans un département les fonctions de vérificateur général, et qui, depuis sa révocation, avait été appelé,

²⁴⁵ Crim. 27 juin 2012, n° 11-86.920, *Bull. crim.* n° 160. V. Cutajar C. « Analyse du droit positif en matière d'atteintes à la probité », *AJ pénal* 2013, p. 70.

en qualité de conseiller salarié d'une société fiduciaire, à donner à certaines entreprises privées de ce département des conseils d'ordre juridique ou fiscal ou à établir leur bilan²⁴⁶. Tombe également sous le coup de la loi, un ancien inspecteur des impôts devenu agent d'affaires, qui a organisé à titre onéreux un séminaire de trois jours sur le régime fiscal des sociétés immobilières auquel ont assisté des représentants de compagnies d'assurances jadis contrôlées par lui²⁴⁷. Il a également été jugé, dans l'affaire du Médiateur, que le fait pour un ancien membre et président de la commission d'autorisation de mise sur le marché de médicaments, qui a donné son avis sur des autorisations demandées par une société de l'industrie pharmaceutique, d'être devenu le consultant de cette société moins de trois ans plus tard caractérise la réunion d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation à une prise illégale d'intérêts²⁴⁸. La Cour de cassation a précisé dans le même arrêt que si ce délit se prescrit à compter du jour où la participation a pris fin, le délai de prescription ne commence à courir, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, qu'à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.

Jurisprudence administrative.- Un arrêt d'assemblée rendu par le Conseil d'État le 24 janvier 1969, *Ministre du Travail c/ Syndicat national des cadres des organismes sociaux* (n° 64443, *Leb.* p. 39), a annulé un arrêté portant détachement d'un fonctionnaire en qualité de directeur d'une caisse primaire de sécurité sociale, organisme de droit privé, en raison de l'illégalité, au regard des dispositions réprimant la prise illégale d'intérêts suivant l'exercice des fonctions, figurant alors à l'article 175 du Code pénal, de la décision ministérielle qui avait auparavant agréé la nomination de l'intéressé dans ce poste²⁴⁹. En effet, les fonctions précédemment exercées par l'agent au sein de la direction régionale de la sécurité sociale comportaient un contrôle direct sur la caisse primaire. Surtout, par l'arrêt d'Assemblée *Société Lambda*, rendu dans le cadre de l'affaire *Beauffret*, le Conseil d'État a affirmé que les dispositions de l'article 432-13 du Code pénal faisaient obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire à un poste où, quelle que soit la position statutaire qu'il serait amené à occuper, il contreviendrait à ces dispositions. Il a en conséquence annulé le décret

²⁴⁶ Cass. crim. 15 nov. 1982, *Bull. crim.* n° 254; RSC 1983. 469, obs. Vitu. Selon la Cour, peu importe que l'intéressé, durant l'exercice de ses fonctions publiques, n'ait pas été appelé à procéder par lui-même à des contrôles directs à l'égard de ces entreprises ; il suffit, en effet, au regard de cet article, que le fonctionnaire ait eu une mission générale de contrôle ou de surveillance.

²⁴⁷ Cass. crim. 18 juill. 1984, *Bull. crim.* n° 262; RSC 1985. 291, obs. Delmas Saint-Hilaire.

²⁴⁸ Cass. crim. 16 déc. 2014, n° 14-82.815, *Bull. crim.* n° 272 ; D. actu. 23 janv. 2015, obs. Fucini ; D. 2015, Actu. 76.

²⁴⁹ *Dr. soc.* 1969, p. 273, concl. Baudouin ; *AJDA* 1969, p. 158, chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc ; *D.* 1969, p. 440, note Dutheil de La Rochère ; V. également CE, 19 févr. 1969, *Ministre du Travail*, n° 65769, inédit au recueil *Lebon* ; CE, 31 janv. 1975, *Synd. national des directeurs de la mutualité agricole et autre*, *Leb.* p. 74 ; CE, 14 mai 1986, *Rochaix et autres*, n° 60852, T. *Leb.*

nommant le chef des affaires monétaires et financières à la Direction du Trésor au poste de sous-gouverneur au Crédit foncier de France, entreprise privée, sur laquelle il exerçait précédemment un contrôle direct²⁵⁰. Bien que l'annulation de la décision repose sur une qualification au regard du droit pénal de l'agissement qu'elle autorise ou qu'elle prescrit, le juge administratif de l'excès de pouvoir se prononce uniquement sur le seul point de savoir si l'acte attaqué a pour objet de permettre ou d'ordonner un agissement qui, s'il se réalisait, devrait être regardé comme constituant une infraction au point de vue matériel. « *Il y a donc loin de l'annulation d'un acte à la condamnation d'une personne* »²⁵¹. En annulant le décret de nomination attaqué, le juge administratif n'a en aucune façon pris position sur le bien-fondé de poursuites éventuelles engagées contre l'intéressé.

L'arrêt *Société Lambda* a également affirmé que les dispositions de l'article 432-13 s'appliquaient à un fonctionnaire placé en position de détachement, alors que les dispositions statutaires en vigueur réglementant le départ des fonctionnaires vers le secteur privé ne prévoyaient la saisine de la Commission de déontologie de la fonction publique que pour les agents cessant définitivement leurs fonctions ou mis en disponibilité. La Haute Juridiction a estimé que ces dispositions ne restreignaient pas le champ d'application de l'article 432-13, applicable quelle que soit la position statutaire du fonctionnaire employé par une entreprise privée. Comme l'écrivaient Didier Chauvaux et Thierry-Xavier Girardot, « *l'arrêt rendu en 1996 sur la requête de la société Lambda traduit le renforcement des exigences de transparence et de neutralité dans les relations entre l'administration et les acteurs économiques, qu'ils soient privés ou publics. La présomption négative qui s'attache à la présence à la tête d'une entreprise d'un fonctionnaire qui était chargé de la surveiller a prévalu sur la présomption positive s'attachant à une nomination prononcée par la plus haute autorité de l'État. Le principe de la séparation entre le contrôleur et le contrôlé inscrit dans le Code pénal n'a pas cédé devant un pouvoir discrétionnaire de nomination conféré à l'autorité publique dans un but d'intervention économique* »²⁵².

²⁵⁰ CE, ass. 6 déc. 1996, *Sté Lambda*, concl. Piveteau, *Leb.* p. 466 ; *RFDA* 1997, p. 173, concl. D. Piveteau ; *AJDA* 1997, p. 152, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *D.* 1997, p. 58, note M. Dobkine ; *Dr. adm.* 1997, no 18 et 67, note D. Piveteau ; *JCP* 1997. II. 22752, note B. Hérisson ; *LPA* n° 13, note B. Poujade ; *RDP* 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; *GAJA*.

²⁵¹ Chauvaux D., Girardot T.-X., « Interdiction de nommer un fonctionnaire public, pendant un délai de cinq ans, dans une entreprise privée qu'il a surveillée ou contrôlée à raison de ses fonctions », *AJDA* 1997, p. 152.

²⁵² *Ibid.*

B. Le cadre statutaire

Le contrôle préalable au départ vers le secteur privé d'un agent public est apparu dans les années 90, avec la création de la Commission de déontologie. Les modalités actuelles de ce contrôle sont fixées par l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983 (art. L. 124-4 à L. 124-6 du CGFP) et le titre III (art. 18 à 25) du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

- Historique

Le décret du 17 février 1995.- S'inspirant du dispositif issu du décret du 17 janvier 1991, le décret n° 95-168 du 17 février 1995 a mis en œuvre l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, modifié par la loi du 28 juin 1994 qui a instauré une commission consultative commune aux trois fonctions publiques, chargée d'émettre un avis sur la compatibilité avec les fonctions antérieures de l'activité privée. Ce texte réglementaire définit ainsi les activités privées qu'un fonctionnaire en disponibilité ou ayant cessé ses fonctions ne peut exercer et fixe les modalités du contrôle de compatibilité. Le champ de l'interdiction posée à l'article 1^{er} du nouveau décret distingue deux catégories d'activités privées interdites, l'une inspirée par le Code pénal (c'est l'objet du 1^o du I de l'article 1^{er} du décret) et l'autre plus novatrice, « *formulant ce qu'il est convenu d'appeler des règles déontologiques* »²⁵³ (c'est l'objet du 2^o du I de l'article 1^{er} du décret). Ce décret fonde ainsi la distinction entre deux types de risques et donc deux types de contrôles effectués par la Commission de déontologie : le contrôle pénal d'une part, et le contrôle déontologique d'autre part.

Plus précisément, le 1^o du I de l'article 1^{er} du décret interdit les activités professionnelles dans une entreprise privée, lorsque l'intéressé a été, au cours des cinq dernières années précédant la cessation définitive de ses fonctions ou sa mise en disponibilité, chargé, à raison même de sa fonction :

- a) soit de surveiller ou de contrôler cette entreprise ;
- b) soit de passer des marchés ou contrats avec cette entreprise ou d'exprimer un avis sur de tels marchés ou contrats.

Cette interdiction s'applique également aux activités exercées dans une entreprise qui détient au moins 30 % du capital de l'entreprise susmentionnée, ou dont le capital est, à hauteur

²⁵³ Premier rapport remis au Premier ministre par la Commission instituée par l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 (mars 1995-mars 1996), p. 8.

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

Le 2° interdit les activités lucratives, salariées ou non, dans un organisme ou une entreprise privée et les activités libérales si, par leur nature ou leurs conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé, ces activités portent atteinte à la dignité desdites fonctions ou risquent de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

Suivant la rédaction du texte pénal, le dispositif statutaire prévoit que, pour son application, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé.

Le dispositif de contrôle a été étendu aux agents non titulaires par le décret n° 95-833 du 6 juillet 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents non titulaires des collectivités et établissements publics et modifiant le décret du 17 février 1995. C'est ainsi que l'interdiction d'exercer des activités privées incompatibles avec les anciennes fonctions administratives est étendue aux agents non titulaires, employés de manière continue depuis plus d'un an par l'État, une collectivité territoriale ou un établissement public, ou collaborateurs d'un cabinet ministériel ou du cabinet d'une autorité territoriale, pendant la durée du congé sans rémunération qu'ils sollicitent ou pendant une durée de cinq ans à compter de leur cessation de fonctions.

La loi du 2 février 2007.- Avec la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, la saisine de la Commission n'est obligatoire que dans le cas de personnes effectivement chargées, soit d'assurer le contrôle ou la surveillance d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur ces contrats, soit de proposer des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée, ou de formuler un avis sur ces décisions. Lorsqu'un agent n'a pas exercé de telles activités, ou n'a pas pris part à de telles décisions concernant l'entreprise qu'il souhaite rejoindre ou le secteur dans lequel elle évolue, au cours des trois années précédant le début de l'activité privée envisagée, la saisine de la Commission est facultative. Elle est cependant recommandée en cas de doute sur le caractère obligatoire de la saisine ou sur le point de savoir si la demande de l'agent est conforme aux exigences déontologiques résultant du respect du fonctionnement normal du service, de son indépendance ou de sa neutralité. Dans les cas les plus simples, le contrôle de déontologie incombe désormais aux administrations elles-mêmes,

qui ont, d'ailleurs, au moins pour certaines d'entre elles, instauré une structure chargée de la déontologie.

La loi du 20 avril 2016.- Avec la loi du 20 avril 2016, la saisine pour avis de la Commission est redevenue obligatoire, comme c'était le cas avant la loi du 2 février 2007, dans tous les cas d'exercice, dans un délai inférieur à trois ans après cessation définitive ou temporaire de fonctions, d'une activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé.

En cas de cessation de fonctions, le rôle de la Commission reste, selon le premier alinéa du III de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983, « *d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative [...] avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité* ». La loi reformule les critères d'incompatibilité à prendre en compte par la Commission, qui apprécie, selon le quatrième alinéa du même III de l'article 25 *octies*, « *si l'activité qu'exerce ou que projette d'exercer le fonctionnaire 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 présente loi ou de placer l'intéressé en situation de commettre l'infraction prévue à l'article 432-13 du Code pénal* ». Cette rédaction se distingue de celle appliquée jusque-là par l'ajout de l'appréciation d'une éventuelle méconnaissance des principes déontologiques fixés désormais à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, mais aussi par la disparition de l'appréciation d'une éventuelle atteinte à la dignité des fonctions précédemment exercées. Dans la mesure où on retrouve toutefois à l'article 25 de la loi de 1983 l'obligation pour le fonctionnaire d'exercer ses fonctions avec « *dignité, impartialité et probité* », la notion de dignité conserve sa place dans le contrôle effectué par la Commission.

Les modalités d'application des dispositions issues de la loi du 20 avril 2016 ont été précisées par 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.

- Les modalités actuelles de contrôle

Les modalités actuelles de contrôle des départs vers le secteur privé des agents publics sont fixées par les dispositions de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983, reprises aux articles L. 124-4 et L. 124-5 du Code général de la fonction publique, complétées par celles du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique. Il

existe par ailleurs des dispositions spécifiques à certaines catégories d'agents, comme les praticiens hospitaliers²⁵⁴ ou les enseignants-chercheurs.

Saisine de l'autorité hiérarchique.- Le statut impose à l'agent public qui souhaite rejoindre le secteur privé de saisir préalablement son autorité hiérarchique, que ce départ soit temporaire ou définitif. Aux termes de l'article 25 *octies* III de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (art. L. 124-4 du CGFP), « *le fonctionnaire cessant définitivement ou temporairement ses fonctions saisit à titre préalable l'autorité hiérarchique dont il relève afin d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé ou de toute activité libérale avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité* ».

Conformément à l'article 18 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique, l'agent cessant temporairement ou définitivement ses fonctions, qui se propose d'exercer une activité privée, saisit par écrit l'autorité hiérarchique dont il relève avant le début de l'exercice de son activité privée. Tout 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 avant le début de cette nouvelle activité.

Saisine subsidiaire de la HATVP.- Jusqu'au 1^{er} février 2020, la demande d'autorisation d'exercer une activité privée était soumise au contrôle préalable systématique de la Commission de déontologie de la fonction publique. Depuis le 1^{er} février 2020, c'est en principe à l'autorité hiérarchique qu'il revient d'apprécier la compatibilité du projet de création d'entreprise avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation. Conformément à l'article 24 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique, l'autorité hiérarchique examine si l'activité privée que l'agent envisage d'exercer, risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître

²⁵⁴ Issu de l'ordonnance n° 2021-292 du 17 mars 2021 visant à favoriser l'attractivité des carrières médicales hospitalières, l'article L. 6152-5-1 du Code de la santé publique prévoit, à compter du 1^{er} janvier 2022, que « *lorsqu'ils risquent d'entrer en concurrence directe avec l'établissement public de santé dans lequel ils exerçaient à titre principal, il peut être interdit, en cas de départ temporaire ou définitif, aux praticiens (...) dont la quotité de temps de travail est au minimum de 50 % d'exercer une activité rémunérée dans un établissement de santé privé à but lucratif, un cabinet libéral, un laboratoire de biologie médicale privé ou une officine de pharmacie./ (...) L'interdiction ne peut excéder une durée de vingt-quatre mois et ne peut s'appliquer que dans un rayon maximal de dix kilomètres autour de l'établissement public de santé dans lequel les praticiens mentionnés au premier alinéa du I du présent article exercent à titre principal. /En cas de non-respect de cette interdiction, une indemnité est due par les praticiens pour chaque mois durant lequel l'interdiction n'est pas respectée. Le montant de cette indemnité ne peut être supérieur à 30 % de la rémunération mensuelle moyenne perçue durant les six derniers mois d'activité* ».

tout principe déontologique mentionné au chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983 susvisée ou de placer l'intéressé dans la situation de commettre l'infraction prévue à l'article 432-13 du Code pénal. La décision de l'autorité dont relève l'agent peut comporter des réserves visant à assurer le respect de ses obligations déontologiques et le fonctionnement normal du service.

En cas de doute sérieux, l'autorité hiérarchique saisit « *sans délai* » le référent déontologue (art. 25 du décret du 30 janv. 2020). Si l'avis rendu par ce dernier n'a pas permis de lever le doute, l'autorité hiérarchique saisit la HATVP. Le décret précise que la saisine du référent déontologue ne suspend pas le délai de deux mois dans lequel l'administration est tenue de se prononcer sur la demande de l'agent en application de l'article L. 231-4 du Code des relations entre le public et l'administration (art. 25), contrairement à la saisine de la HATVP (art. 20). Lorsque l'avis du référent déontologue ne permet pas de lever le doute, l'autorité hiérarchique saisit sans délai la Haute Autorité. La saisine est accompagnée de l'avis du référent déontologue.

Saisine systématique de la HATVP.- Seuls certains emplois « *dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'État* » sont soumis au contrôle systématique de la HATVP (v. *supra* : titre 1^{er}, section 1, § 2)), saisie par l'autorité hiérarchique, ou à défaut, par l'agent (art. 22 du décret du 30 janvier 2020). Aux termes de l'article 19 du décret du 30 janvier 2020, l'autorité hiérarchique dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle le projet de l'agent lui a été communiqué pour saisir la HATVP. L'agent reçoit copie de la lettre de saisine. La Haute Autorité se prononce dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. L'absence d'avis dans ce délai vaut avis de compatibilité (article 25 *octies* IX de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires). L'administration rend sa décision dans un délai de quinze jours à compter de la notification de l'avis de la Haute Autorité ou de l'échéance du délai de deux mois suivant la saisine de celle-ci (article 21 du décret du 30 janvier 2020).

§ 2. L'appréciation *in concreto* des risques par le référent déontologue

Le projet de départ d'un agent public vers le secteur privé est soumis à un contrôle déontologique préalable de la compatibilité de l'activité envisagée avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant le début de cette activité. Qu'il soit saisi

par l'agent ou par l'autorité hiérarchique, il revient au référent déontologue d'apprécier si l'activité privée que le fonctionnaire envisage d'exercer risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître tout principe déontologique (B) ou de placer l'intéressé en situation de commettre l'infraction de prise illégale d'intérêts sanctionnée par l'article 432-13 du Code pénal (A).

A. L'appréciation du risque pénal

Comme l'a affirmé le Conseil d'État dans sa décision du 4 novembre 2020, à propos du projet de départ vers le secteur privé de l'ambassadeur Maurice Gourdault-Montagne, « *la loi n'appelle pas la Haute Autorité à statuer sur le point de savoir si les éléments constitutifs des infractions réprimées par ces dispositions pénales seraient effectivement réunis, mais à apprécier le risque qu'ils puissent l'être et à se prononcer de telle sorte qu'il soit évité à l'intéressé comme à l'administration d'être mis en cause* »²⁵⁵. À l'instar de la Haute Autorité, le rôle du référent déontologue se limite à apprécier l'existence du risque pour l'agent d'être condamné pour prise illégale d'intérêts, et de le prévenir, afin qu'il s'en prémunisse. Il se prononce donc toujours sous réserve de l'appréciation souveraine du juge pénal.

L'exercice est d'autant plus délicat que la jurisprudence pénale est quasiment inexistante. Jusqu'ici, le risque pénal est largement virtuel : très peu de poursuites (une dizaine) ont été engagées sur le fondement des dispositions de l'article 432-13 du Code pénal et elles concernaient davantage les élus locaux. La jurisprudence pénale sur l'interprétation qu'il convient de donner du délit puni par l'article 432-13 restant rare (v. *supra* : § 1, A), le référent déontologue doit se référer à la doctrine de la Haute Autorité, telle qu'elle ressort des avis mis en ligne sur son site internet, ainsi que de ses rapports d'activité et des guides déontologiques qu'elle publie²⁵⁶.

Le fonctionnaire ne peut rejoindre une entreprise avec laquelle il a eu l'un des liens visés par l'article 432-13 du Code pénal au cours des trois années précédant son départ. Plus précisément, l'article 432-13 du Code pénal réprime la prise de participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée si le fonctionnaire, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées au cours des trois dernières années :

- a été chargé d'assurer la surveillance ou le contrôle de cette entreprise ;

²⁵⁵ CE, 4 nov. 2020, n° 440963.

²⁵⁶ V. not. *Guide déontologique II - Contrôle et prévention des conflits d'intérêts*, févr. 2021, p. 33-34.

- a été chargé de conclure des contrats de toute nature avec cette entreprise ;
- a été chargé de formuler un avis sur des contrats de toute nature conclus avec cette entreprise ;
- a été chargé de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ;
- a été chargé de formuler un avis sur des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise.

Avant même de vérifier l'existence de liens faisant obstacle à ce l'agent rejoigne une entreprise, le référent déontologue doit d'abord vérifier si la structure que l'agent entend rejoindre est bien une « *entreprise privée* » au sens de l'article 432-13 du Code pénal (1), avant de vérifier l'existence de liens entre l'agent et cette entreprise faisant obstacle à son recrutement (2).

1. La notion d'entreprise privée

Il est précisé à l'alinéa 3 de l'article 432-13 que pour l'application de ces dispositions est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé. Il s'agit là d'une précision introduite par le nouveau Code pénal. Le référent déontologue est régulièrement conduit à s'interroger sur le champ d'application de l'article 432-13 du Code pénal. Le risque pénal peut en effet être écarté lorsque l'agent n'envisage pas de rejoindre une entreprise privée au sens des dispositions de l'article 432-13 du Code pénal.

D'abord, l'agent qui envisage de quitter le secteur public pour exercer une activité libérale ne s'expose pas au risque de condamnation pour prise illégale d'intérêts, dès lors qu'il n'intègre pas un cabinet organisé sous la forme d'une société. Ainsi, selon la Commission de déontologie, « *l'activité d'avocat sous un régime libéral ne constitue pas, en principe, une activité dans une entreprise, il n'en va pas de même lorsque cette activité est appelée à être poursuivie au sein d'un cabinet organisé sous la forme d'une société* »²⁵⁷.

De manière générale, lorsque l'intéressé envisage, non pas de rejoindre une entité existante mais de créer son entreprise ou son propre cabinet de conseil, le risque pénal est limité

²⁵⁷ Commission de déontologie de la fonction publique, avis n° 18E2318, 19 juil. 2018, cité in Rapport d'activité pour 2018, p. 36.
https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/publications/coll_outils_de_la_GRH/deontologie/rapport-deontologie-2018.pdf

mais il n'est pas inexistant. L'agent doit faire preuve d'une grande prudence dans le choix de ses futurs clients : il ne doit pas avoir pour clients des entreprises avec lesquels il a eu l'un des liens visés par l'article 432-13 du Code pénal.

Ensuite, à l'instar de la Commission de déontologie, à laquelle a succédé la HATVP, le référent déontologue se fonde sur une pluralité d'indices pour mener son analyse. La qualification d'entreprise privée dépend principalement du caractère concurrentiel ou non de l'activité de la structure et d'un ensemble d'indices, tels que la forme juridique de la structure, ses sources de financement ou le statut de son personnel.

- Qualification d'entreprise privée écartée

Ne constitue pas une entreprise privée, au sens de l'article 432-13 du Code pénal, une société ou un établissement public qui 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. Ainsi, dans la mesure où la société SNCF Réseau, filiale de la SNCF se trouve en situation de monopole dans le cadre de sa mission de gestion du réseau de transport ferroviaire, elle ne peut pas être regardée comme une entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé²⁵⁸.

La Haute Autorité a pu également considérer que certains EPIC, qualifiés comme tels par la loi, avaient en réalité des missions de service public administratif et n'exerçaient pas leur activité dans un secteur concurrentiel. La qualification d'entreprise privée a ainsi été écartée, s'agissant de l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) : cet établissement, qui est une centrale d'achat au sens du Code de la commande publique et participe ainsi à la mise en œuvre d'une politique rationalisée de l'achat public au profit de l'État, de ses établissements publics et des collectivités territoriales, ne peut pas, bien qu'ayant le statut d'établissement public à caractère industriel et commercial, être regardé comme exerçant ses activités dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé²⁵⁹.

Dans le même sens, en raison des missions qui lui ont été confiées en matière spatiale et de la provenance de ses ressources, essentiellement issues de crédits ouverts par la loi de finances, la Haute Autorité a considéré que le Centre national d'études spatiales, qui a le statut

²⁵⁸ Délibération n° 2021-8 du 19 janv. 2021 (résumé en ligne sur le site de la HATVP).

²⁵⁹ Délibération n° 2021-25 du 16 févr. 2021 (résumé en ligne sur le site de la HATVP).

d'EPIC, ne pouvait être regardé comme un organisme ou une entreprise exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé²⁶⁰.

- Qualification d'entreprise privée retenue

Tout comme une société de droit privé à capitaux publics, un établissement public industriel et commercial constitue en principe une entreprise privée au sens de l'article 432-13 du Code pénal, dès lors qu'il exerce une partie de son activité dans un secteur concurrentiel. Tel est le cas, par exemple, de l'établissement public du Palais de la découverte et de la Cité des sciences et de l'industrie, dénommé Universcience, qui a pour mission principale « *de rendre accessible à tous la culture scientifique et technique* »²⁶¹.

Les seuls critères du financement majoritairement public de la structure et le fait qu'elle ait été constituée par des personnes publiques ne suffisent pas à écarter, par principe, la qualification, si par ailleurs les activités sont de nature économique et commerciale, pour une part importante, et s'exercent dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé. Ainsi la Haute Autorité a-t-elle considéré qu'une Union pour la gestion des établissements des caisses d'assurance maladie (UGECAM), personne morale de droit privé qui exerce principalement une activité de gestion d'établissements sanitaires et médico-sociaux, dans un secteur concurrentiel, même si elle poursuit un but non lucratif et si, en raison du caractère déficitaire de son activité, ses ressources proviennent majoritairement de financements publics, doit être assimilée à une entreprise privée au sens de l'article 432-13 du Code pénal²⁶². De même, une activité professionnelle au sein du Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives (CEA), établissement public à caractère scientifique, technique et industriel, constitue une activité lucrative au sein d'une entreprise privée, au sens du III de l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983. En effet, si le CEA s'est vu confier des missions d'intérêt général financées pour majorité par des subventions publiques et par des partenariats avec des institutions publiques, il exerce également une part significative de ses activités dans des secteurs concurrentiels au moyen de financements en partie privés²⁶³.

Enfin, si une association n'est pas *a priori* une entreprise privée, elle peut néanmoins être regardée comme telle dès lors qu'elle intervient dans le secteur concurrentiel. À ce titre, une agence départementale de développement touristique, constituée sous forme d'association,

²⁶⁰ Délibération n° 2020-197 du 20 oct. 2020 (résumé en ligne sur le site de la HATVP).

²⁶¹ Délibération n° 2021-16 du 2 févr. 2021 (résumé en ligne sur le site de la HATVP).

²⁶² Délibération n° 2021-9 du 19 janv. 2021 (résumé en ligne sur le site de la HATVP).

²⁶³ Délibération n° 2021-166 du 7 sept. 2021 (résumé en ligne sur le site de la HATVP).

si elle poursuit un but d'intérêt général (le développement du tourisme), intervient également dans le secteur concurrentiel en raison notamment de la commercialisation de produits touristiques et doit, en conséquence, être qualifiée d'entreprise privée²⁶⁴.

2. L'existence de liens faisant obstacle au départ de l'agent

L'analyse de ces liens s'effectue *in concreto*, dans la mesure où l'article 432-13, dans sa rédaction issue de la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, précise que l'appréciation du juge pénal doit se fonder sur les « *fonctions [...] effectivement exercées* » par l'ancien responsable ou agent public. À cet égard, le délai de trois ans doit donc être décompté non pas à partir de la cessation des fonctions mais à partir du dernier acte de surveillance ou de contrôle, de la date de conclusion du dernier contrat, de la dernière décision adoptée ou, encore, du dernier avis formulé, chacun de ces actes correspondant à l'exercice effectif des fonctions²⁶⁵.

Le fonctionnaire ne peut rejoindre une entreprise avec laquelle il a eu l'un des liens visés par l'article 432-13 du Code pénal. Ainsi les dispositions de l'article 432-13 font-elles obstacle à ce qu'un ingénieur territorial, responsable de la maintenance du logiciel de paie et de gestion du personnel au sein de sa collectivité, puisse rejoindre la société commercialisant ce logiciel. Dans le même sens, un agent ne peut pas être recruté par un bureau d'études qui fait partie des prestataires de la collectivité, dans la mesure où l'agent a réalisé au niveau technique l'analyse des offres dans le cadre du marché public qui a été remporté par ce bureau d'études, puis a été le référent technique pour le suivi de la mission confiée au bureau d'études. En revanche, un agent public peut être recruté par la société titulaire d'un marché public attribué par la collectivité, dès lors que son implication a été limitée, indirecte et subsidiaire dans la passation et l'exécution du contrat (envoi des courriers et copie de documents à la demande du chef de service dans le cadre de ses missions de secrétariat).

La compatibilité du projet de départ avec les fonctions administratives exercées depuis trois ans par l'agent dépend donc de l'intensité du lien entre l'agent public et l'entreprise privée qu'il entend rejoindre. De manière générale, le référent déontologue doit attirer l'attention des agents et de leurs autorités hiérarchiques sur le fait qu'il importe peu que l'agent n'ait pas de pouvoir de décision ou de signature. Dès lors qu'il a été chargé de rendre un avis sur la passation

²⁶⁴ Délibération n° 2020-69 du 28 avril 2020 (résumé en ligne sur le site de la HATVP).

²⁶⁵ HATVP, rapport d'activité 2020, p. 50 ; *Guide déontologique II*, p. 33.

ou le suivi de l'exécution d'un marché, il s'expose au risque pénal de prise illégale d'intérêts. Le référent déontologue doit inviter les agents à se poser les questions suivantes :

- *Avez-vous été chargé de réaliser l'analyse des offres ?*
- *Avez-vous été chargé de rédiger ou de participer à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) ?*
- *Avez-vous, au sein de votre équipe, un rôle de proposition pour passer les bons de commande ?*
- *Avez-vous émis des avis sur la réalisation, par l'entreprise, des prestations commandées ?*
- *Avez-vous été chargé de réceptionner des prestations et d'attester de la conformité des factures émises aux commandes en vue de leur règlement ?*
- *Avez-vous été chargé de constater l'existence d'un service fait, ou de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des prestations proposées par cette entreprise ?*

Si la réponse à l'une de ces questions est positive, il y a un risque de prise illégale d'intérêts. Sinon, l'agent peut tout à fait envisager de rejoindre l'entreprise.

Par ailleurs, dès lors que l'agent a eu, avec l'entreprise qu'il entend rejoindre, l'un des liens visés par l'article 432-13 du Code pénal, le risque pénal ne peut être prévenu par le respect de certaines réserves. En effet, l'émission de réserves ne permet pas d'effacer les liens qui ont été constitués dans le passé avec une entreprise et ne protège donc pas l'agent contre le risque de poursuites pénales sur le fondement de l'article 432-13 du Code pénal. En revanche, lorsque l'agent ne rejoint pas une entreprise existante mais crée son entreprise, le risque pénal peut être prévenu par l'émission d'une réserve imposant à l'agent de ne pas avoir pour clients des entreprises avec lesquelles il a eu l'un des liens visés par l'article 432-13 dans le cadre de ses fonctions publiques.

Au moment du recrutement des agents, notamment des agents contractuels, l'administration employeur doit insister sur la nécessité, au risque de dissuader certains agents d'entrer dans la fonction publique, de les sensibiliser au moment de leur recrutement dans la fonction publique, sur les règles susceptibles de limiter ensuite leurs éventuels projets de départ dans le secteur privé. Certains agents, issus du secteur privé, sont entrés dans la fonction publique, afin de connaître une expérience nouvelle, acquérir de nouvelles compétences, mais sans avoir pour objectif d'y rester pour toute la suite de leur carrière. Ces agents se sentent

ensuite pris au piège dans le secteur public, lorsqu'ils apprennent que l'article 432-13 du Code pénal est susceptible de faire obstacle à leur retour dans le secteur privé. Ce sentiment est encore plus fort quand le domaine d'activité est relativement étroit.

B. Le risque d'atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service, ainsi qu'aux principes déontologiques qui incombent aux agents publics

Il s'agit ici de s'assurer que l'activité que le fonctionnaire envisage d'exercer ne risque pas de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, ou de méconnaître tout principe déontologique. Cet aspect du contrôle préalable au départ vers le secteur privé est généralement appelé « *contrôle déontologique* », par opposition au « *contrôle pénal* » qui porte sur l'appréciation du risque de condamnation pénale pour prise illégale d'intérêts. Cette dénomination est inexacte, dans la mesure où le contrôle pénal est aussi, par sa visée préventive, un contrôle déontologique, mais elle a le mérite de la simplicité.

Le contrôle déontologique doit notamment permettre de garantir la neutralité mais aussi l'apparence de neutralité de l'administration, ainsi que l'impartialité et l'apparence d'impartialité de l'agent. Il vise donc à éviter le maintien ou la constitution d'une situation de conflit d'intérêts. Selon la présentation retenue par la Haute Autorité dans son *Guide déontologique II*²⁶⁶, il convient de distinguer deux situations, selon que le conflit d'intérêts est déjà constitué au moment où l'agent envisage de rejoindre le secteur privé ou qu'il pourrait survenir à la suite du départ de l'agent.

Le premier cas correspond à la situation d'un agent qui utilise ou peut paraître utiliser ses fonctions publiques pour préparer sa reconversion professionnelle. Si l'interférence entre les anciennes fonctions publiques et l'activité nouvelle envisagée est trop forte, un doute raisonnable sur l'impartialité avec laquelle la personne a exercé sa fonction publique peut naître. Autrement dit, il s'agit d'éviter que, voyant le fonctionnaire rejoindre son activité privée, les tiers ne viennent à penser qu'il aurait agi partialement pour obtenir son poste. Dans l'affaire *Gourdault-Montagne* déjà évoquée, le Conseil d'État²⁶⁷ a ainsi donné raison à la Haute Autorité. Cette dernière avait estimé que, même à défaut pour l'intéressé d'avoir le moindre contact avec son ancienne administration, la présidence d'un salon réunissant les principaux

²⁶⁶ HATVP, *Guide déontologique II*, p. 36-38.

²⁶⁷ CE, 4 nov. 2020, n° 440963.

acteurs privés de la filière nucléaire, notamment les sociétés EDF et Orano, dont il avait été, en sa qualité de secrétaire général du ministère de l'Europe et des affaires étrangères, membre du conseil d'administration, était de nature à faire peser des doutes sur l'impartialité avec laquelle il avait exercé ses fonctions. Par une délibération du 31 mars 2020²⁶⁸, la Haute Autorité a considéré que la présidence de ce salon n'était pas compatible avec les fonctions antérieures de l'intéressé, en raison, non seulement d'un risque de prise illégale d'intérêts, mais aussi « *des risques déontologiques importants au regard des doutes légitimes qui pourraient naître quant aux conditions dans lesquelles Monsieur Gourdault-Montagne a exercé les pouvoirs d'administrateur représentant les intérêts de l'État actionnaire qui lui ont été confiés à raison de ses fonctions publiques* ».

Dans le second cas, il s'agit de s'assurer que l'activité envisagée n'est pas susceptible de remettre en cause le fonctionnement indépendant, impartial et objectif de l'administration où le fonctionnaire a exercé ses fonctions, c'est-à-dire qu'elle ne risque pas de placer les agents de cette administration eux-mêmes en situation de conflit d'intérêts à l'avenir. Lorsque le départ est autorisé, il doit généralement être imposé à l'agent de s'abstenir de toute démarche auprès de l'ancienne administration, de conduire des actions de représentation d'intérêts auprès d'elle, ou d'utiliser son ancien titre. Il doit également lui être rappelé qu'il ne doit pas faire usage de documents ou d'informations confidentiels dont il aurait eu connaissance du fait de ses anciennes fonctions. Évidemment, la question du contrôle du suivi des réserves est essentielle et nécessite, comme on l'a dit plus haut, de renforcer les prérogatives et les moyens du référent déontologue et de l'autorité hiérarchique dès lors que la HATVP n'a pas été saisie.

²⁶⁸ Délibération n° 2020-49 du 31 mars 2020 (reproduite *in extenso* sur le site de la HATVP).

Conclusion du titre 2

Bien que le cadre institutionnel des contrôles déontologiques ait été profondément renoué avec la création de la HATVP puis des référents déontologiques et enfin la suppression de la Commission de déontologie de la fonction publique, sur le fond, les règles juridiques encadrant l'exercice d'activités privées par les agents publics, que ce soit pendant ou à l'issue de leurs fonctions, n'ont pas fondamentalement évolué. L'assouplissement souhaité par le législateur en 2007 afin de favoriser les échanges entre le secteur public et le secteur privé et encourager la création d'entreprise par les agents publics est resté somme toute limité et surtout, il a disparu avec la loi du 20 avril 2016.

En dépit de leur stabilité, ces règles sont particulièrement complexes, ce qui s'explique par le fait qu'il s'agit essentiellement de dérogations ou d'exceptions à l'obligation de désintéressement du fonctionnaire. Leur effectivité dépend en partie de la capacité du référent déontologue à rendre des avis ou conseils cohérents et argumentés. Chargé de les appliquer dans les cas d'espèce dont il est saisi, celui-ci doit nécessairement disposer de connaissances juridiques solides. Il a également besoin d'un corpus conséquent de précédents auquel se référer, qu'il s'agisse de la doctrine de la Haute Autorité qui nécessite d'être constamment portée à sa connaissance, systématisée et explicitée, de la jurisprudence pénale ou encore, de la jurisprudence administrative, appelée à se développer avec la multiplication des recours contre les décisions de la Haute Autorité ou des autorités hiérarchiques s'opposant à l'exercice de certaines activités privées par les agents publics. Il est également primordial que les référents puissent échanger entre eux dans le cadre de différents réseaux.

Conclusion générale

Cette étude consacrée au référent déontologue nous a conduit à porter un regard sur le passé, en montrant comment les exigences déontologiques ont progressivement pénétré dans le statut de la fonction publique. Si la dimension pénale a été première, elle a rapidement été complétée par un encadrement statutaire, visant à prévenir le risque de condamnation pour prise illégale d'intérêts des agents publics quittant le secteur public ou créant leur entreprise. Indépendamment du risque pénal, est également apparu le souci de protéger le bon fonctionnement du service, son indépendance et sa neutralité. La déontologie de la vie publique apparaît désormais comme un champ bien identifié, comprenant une double dimension préventive et répressive et dont le référent déontologue est un acteur pivot. Installé auprès de chaque administration, celui-ci a vocation à promouvoir le respect des règles déontologiques en conseillant les agents et leurs autorités hiérarchiques sur les cas concrets. D'abord institué en 2016 pour apporter aux agents publics tout conseil utile au respect de leurs obligations déontologiques, il apparaît comme leur confident, celui qui leur apporte conseil en toute confidentialité, sans aucune menace de sanction. La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique en a fait une instance de contrôle, en permettant aux autorités hiérarchiques de le saisir en cas de doute sérieux sur la compatibilité avec les fonctions antérieures du projet d'un agent public de départ vers le secteur privé ou de création d'entreprise, ou bien de la nomination à certains emplois d'une personne issue du secteur privé. Le référent déontologue tend ainsi à devenir le relais, au niveau de chaque administration, de la HATVP, sans être cependant dotés de prérogatives similaires.

À l'instar de la Haute Autorité, le référent déontologue se trouve investi d'une mission délicate. Alors qu'il n'est pas – et n'a jamais été – interdit aux agents publics de quitter le secteur public pour rejoindre le secteur privé, alors que le droit autorise, certes à titre dérogatoire, le cumul d'activités professionnelles par les agents publics, le référent déontologue doit déterminer, à son niveau, dans les cas concrets dont il est saisi, un seuil d'acceptabilité. L'exercice est subtil : où placer le curseur lorsqu'un agent souhaite exercer une activité privée dans le même domaine et le même ressort territorial ? Et il n'est pas facile de s'opposer à des projets de départ vers le secteur privé ou de cumul d'activités, quand les frontières entre secteur public et secteur privé se brouillent et que le législateur a entendu favoriser la mobilité entre

ces deux mondes. Comme le petit garçon de Haarlem, le référent déontologue a parfois l'impression de retenir la digue en mettant son doigt dans le trou²⁶⁹.

C'est que, comme le rappelle le professeur Emmanuel Aubin, « *la volonté d'accroître les échanges entre les deux mondes du travail n'est (...) pas nouvelle* » : depuis le début des années 2000, pas moins de huit lois, ainsi que l'ordonnance n° 2017-543 du 13 avril 2017, ont adopté des dispositions visant à favoriser, moderniser ou fluidifier la mobilité dans la fonction publique²⁷⁰. Les mesures visant à faciliter la circulation entre la fonction publique et le secteur privé remettent en cause notre conception de la fonction publique comme un « *monde à part* »²⁷¹, selon la formule de Roger Grégoire, l'idée que l'État n'est pas une entreprise comme les autres²⁷².

Or, les dispositions de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique contribuent « à *banaliser davantage encore le recours au contrat* »²⁷³, en généralisant le recours au recrutement direct, non plus seulement sur des emplois supérieurs à la décision des autorités exécutives des collectivités publiques, mais plus largement à l'ensemble des emplois de direction des administrations de l'État, territoriales, hospitalières et des établissements publics. En rendant possible la nomination d'agents contractuels à la tête de la direction des services, le législateur a ainsi franchi le Rubicon²⁷⁴ et opéré un « *glissement de la loyauté vers le loyalisme, de l'obéissance vers une certaine docilité* (« *yes men* »), *de la subordination vers l'allégeance* »²⁷⁵. En outre, la loi de transformation de la fonction publique encourage la circulation entre secteur public et secteur privé, en consacrant la portabilité du compte personnel de formation (CPF)²⁷⁶ et en introduisant dans le statut le mécanisme de la rupture

²⁶⁹ D'après l'histoire de *Hans Brinker, le garçon qui sauva son village*, tirée du roman *Les patins d'argent* de Mary Mapes Dodge publié en 1865 : Hans Brinker était un petit garçon qui vivait en Hollande, pays protégé grâce à des digues qui retiennent la mer. Un jour de tempête, en rentrant chez lui, il aperçoit une fissure dans la digue. Le courageux petit garçon décide, de rester pour boucher le trou avec sa main jusqu'à ce que quelqu'un arrive pour réparer. Il y passera, finalement, toute la nuit.

²⁷⁰ Aubin E., « La mobilité et les transitions professionnelles : continuum ou changement de paradigme ? », *RFDA* 2020, p. 283.

²⁷¹ Grégoire R., *La fonction publique*, Armand Colin, 1954, p. 24-25, cité par Melleray F., « La loi du 6 août 2019 fera-t-elle date ? », *AJDA* 2019, p. 2372.

²⁷² Melleray F., « La loi du 6 août 2019 fera-t-elle date ? », *AJDA* 2019, p. 2372.

²⁷³ Aubin E., « Le contrat, avenir de la fonction publique ? », *AJDA* 2019, p. 2349.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Taillefait A., « Déontologie et égalité professionnelle après la loi Dussopt », *AJDA* 2019, p. 2356.

²⁷⁶ Les dispositions issues de l'article 58 de la loi permettent en effet de ne pas pénaliser les droits à formation comptabilisés dans le compte dédié du travailleur désireux d'alterner les périodes d'emploi dans le secteur privé et le secteur public. V. Aubin E., « La mobilité et les transitions professionnelles : *continuum* ou changement de paradigme ? », *préc.*

conventionnelle, laquelle peut désormais être proposée aux fonctionnaires des trois versants par l'employeur public²⁷⁷.

La loi de transformation de la fonction publique qui a modifié en profondeur les contrôles déontologiques au sein de la fonction publique en supprimant la Commission de déontologie de la fonction publique, contient donc de nombreuses dispositions favorisant la circulation entre secteur public et secteur privé. Ainsi la déontologie peut-elle apparaître comme une sorte de caution, maigre compensation de la porosité accrue entre secteur public et secteur privé, entre lesquels la frontière n'a, au demeurant, jamais été étanche. Il faut cependant se garder de penser que la déontologie n'est qu'une façade destinée à faire mieux digérer les mesures remettant en cause la conception statutaire traditionnelle de la fonction publique. Le volet « déontologie » de la loi de transformation de la fonction publique a d'ailleurs été considérablement renforcé à l'Assemblée nationale par rapport au projet de loi initial, porté par le ministre de la fonction publique, Olivier Dussopt. Ce sont les députés de la majorité et de l'opposition, qui ensemble, ont obligé le Gouvernement à aller beaucoup plus loin qu'il ne le voulait initialement, en décidant de supprimer la Commission de déontologie de la fonction publique et en transférant ses compétences à la HATVP. Si on peut toujours douter de leur efficacité et suggérer des pistes d'amélioration, les mesures visant à renforcer les contrôles déontologiques au sein du secteur public ne doivent donc pas être perçues avec méfiance, au motif qu'elles seraient le cheval de Troie du néolibéralisme et du New public management. Au contraire, le renouveau de la déontologie traduit une forme de résistance face à la remise en cause de la conception traditionnelle de la fonction publique²⁷⁸.

Figure modeste, le référent déontologue n'est pas une figure de pacotille, un alibi servant à cautionner l'allègement, au nom de la logique néo-managériale, des règles encadrant l'exercice d'activités privées par les agents publics, puisqu'il a justement été créé pour contrer le brouillage grandissant entre secteur public et secteur privé. Il n'en reste pas moins perfectible. Les propositions formulées au fil de cette étude sont rassemblées ici en guise de conclusion.

²⁷⁷ Aubin E., « La mobilité et les transitions professionnelles : *continuum* ou changement de paradigme ? », *préc.* L'auteur souligne que le départ volontaire de la fonction publique moyennant le versement d'une indemnité n'a pas été créé par la loi du 6 août 2019 mais par la loi du 3 août 2009, pour les seuls les fonctionnaires de l'État, avant d'être abrogé par la loi du 20 avril 2016.

²⁷⁸ V. en ce sens, Taillefait A., « Déontologie et égalité professionnelle après la loi Dussopt », *AJDA* 2019, p. 2356.

✓ *Proposition n° 1*

Élargir le champ des emplois pour lesquels doit être effectué un contrôle déontologique préalable à la nomination d'une personne venant du secteur privé.

✓ *Proposition n° 2*

Développer l'accès, au moins pour les référents déontologues, aux avis rendus par la HATVP concernant les projets de départ vers le secteur privé ou de création d'entreprise des agents publics ou la nomination de personnes venant du secteur privé. Privilégier une publication in extenso, et non sous forme de résumé. Créer un moteur de recherche permettant d'avoir accès aux avis de la HATVP grâce à des mots-clefs.

✓ *Proposition n° 3*

Modifier le décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique pour

- préciser que le référent déontologue doit disposer des compétences juridiques, spécialement en droit public, nécessaires à l'exercice de ses fonctions et doit disposer d'une formation adaptée à ses missions et à son profil ;

- prévoir que les fonctions de référent déontologue sont incompatibles avec certaines fonctions exercées au sein de l'administration, notamment celles de directeur général des services ou de directeur des ressources humaines.

✓ *Proposition n° 4*

Accueillir au sein du réseau des référents déontologues des centres de gestion les référents déontologues internes aux collectivités.

✓ *Proposition n° 5*

Consacrer expressément dans la loi le rôle de pilotage et d'accompagnement des référents déontologues par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

✓ *Proposition n° 6*

Aligner la rédaction des dispositions de l'article 28 bis de la loi de 1983 (art. L. 124-2 du CGFP), concernant le référent déontologue sur celle de l'article 28 *ter* relatif au référent laïcité (art. L. 124-3 du CGFP), en prévoyant que le référent déontologue peut également être saisi par le chef de service qui le consulte au sujet d'un agent placé sous sa responsabilité.

✓ *Proposition n° 7*

Associer plus étroitement le référent déontologue à la procédure de contrôle déontologique préalable aux projets de départ vers le secteur privé ou de création d'entreprise des agents publics ou à la nomination d'une personne venant du secteur privé.

- Modifier le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique pour imposer à l'autorité hiérarchique d'accuser réception de l'avis rendu par le référent déontologue et de l'informer des suites qu'elle entend donner à cet avis.

- Compléter l'article 25 *octies* X de la loi du 13 juillet 1983 / L. 124-15 du Code général de la fonction publique pour prévoir que les avis de la Haute Autorité sont également notifiés, non seulement à l'administration, à l'agent et à l'entreprise ou à l'organisme de droit privé d'accueil de l'agent, mais également au référent déontologue. En attendant la modification de la loi, la Haute Autorité pourrait prendre l'initiative de notifier spontanément les avis qu'elle rend au référent déontologue concerné.

✓ *Proposition n° 8*

Imposer au niveau législatif le respect du contradictoire dans la procédure devant la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

✓ *Proposition n° 9*

Plutôt que de lister les catégories d'activités accessoires, dont l'exercice en cumul avec des fonctions publiques à temps plein, peut être autorisé par l'autorité hiérarchique, limiter l'exercice d'une activité accessoire en fixant un double plafond : un nombre maximum d'heures par mois ou par année pendant lesquelles l'activité accessoire est exercée ; un montant maximum de rémunération (proportionnel à la rémunération perçue par l'agent au titre de ses activités administratives) que l'activité accessoire peut procurer. À défaut d'instituer un plafond chiffré, une formule plus générale, énonçant que la rémunération des activités accessoires ne saurait être excessive, susceptible d'être appliquée comme un standard, pourrait au moins être intégrée dans les textes.

✓ *Proposition n° 10*

Inscrire expressément dans la loi ou le décret que l'agent public peut diriger une entreprise qui n'est pas le support d'une activité professionnelle, au titre de la liberté de gestion du patrimoine personnel et familial (gérance d'une société civile immobilière pour gérer son patrimoine immobilier personnel ou reprise d'une société civile ou commerciale pour exploiter une activité agricole).

✓ *Proposition n° 11*

Imposer un régime de déclaration préalable pour l'exercice, par les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique, des professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions.

Table de concordance Loi de 1983 / Code général de la fonction publique

Ancienne réf. - Loi 1983 (Chapitre IV : Des obligations et de la déontologie (art. 25 à 32))	Nouvelle réf. - Code général de la fonction publique
art. 25, al. 1	L. 121-1
art. 25, al. 2 à 4	L. 121-2
art. 25, al. 5	L. 124-1
art. 25 bis, al. 1	L. 121-4
art. 25 bis, al. 2	L. 121-5
art. 25 bis, al. 3 à 8	L. 122-1
art. 25 ter, al. 1	L. 122-2
art. 25 ter, al. 2	L. 122-3
art. 25 ter, al. 3	L. 122-4
art. 25 ter, al. 4	L. 122-5
art. 25 ter, al. 5 et 6	L. 122-6
art. 25 ter, al. 7, ph. 1	L. 122-7
art. 25 ter, al. 7, ph. 2	L. 122-8
art. 25 ter, al. 8	L. 122-9
art. 25 ter, al. 9	L. 122-24
art. 25 quater	L. 122-19
art. 25 quinquies, al. 01	L. 122-10
art. 25 quinquies, al. 02	L. 122-11
art. 25 quinquies, al. 03	L. 122-12
art. 25 quinquies, al. 04 et 05	L. 122-13
art. 25 quinquies, al. 06, ph. 1	L. 122-14
art. 25 quinquies, al. 06, ph. 2	L. 122-15
art. 25 quinquies, al. 07	L. 122-16
art. 25 quinquies, al. 08 et 09	L. 122-17
art. 25 quinquies, al. 10 à 13	L. 122-18
art. 25 sexies, al. 1 et 2	L. 122-20
art. 25 sexies, al. 3	L. 122-21
art. 25 sexies, al. 4	L. 122-22
art. 25 septies, al. 01, ph. 1	L. 121-3
art. 25 septies, al. 01, ph. 2, al. 02 à 07	L. 123-1
art. 25 septies, al. 08 à 09	L. 123-4
art. 25 septies, al. 10	L. 123-5
art. 25 septies, al. 11	L. 123-6
art. 25 septies, al. 12 à 15, al. 16 sauf DCE	L. 123-8
art. 25 septies, al. 16 ecqc décret en Conseil d'État, al. 22	L. 123-10
art. 25 septies, al. 17 et 18	L. 123-7
art. 25 septies, al. 19	L. 123-2
art. 25 septies, al. 20	L. 123-3
art. 25 septies, al. 21	L. 123-9
art. 25 octies, al. 01	L. 124-9

art. 25 octies, al. 02, al. 03 ecqc avis, al. 05 à 07	L. 124-10
art. 25 octies, al. 02, al. 03 ecqc textes	L. 124-22
art. 25 octies, al. 02, al. 03, ecqc recommandations	L. 124-23
art. 25 octies, al. 02, al. 04	L. 124-21
art. 25 octies, al. 08 à 10	L. 124-4
art. 25 octies, al. 11	L. 124-5
art. 25 octies, al. 12 à 16	L. 124-8
art. 25 octies, al. 17	L. 124-7
art. 25 octies, al. 18	L. 124-12
art. 25 octies, al. 19 à 21	L. 124-11
art. 25 octies, al. 22 à 24	L. 124-13
art. 25 octies, al. 25 à 32	L. 124-14
art. 25 octies, al. 33	L. 124-15
art. 25 octies, al. 34 et 35	L. 124-16
art. 25 octies, al. 36	L. 124-17
art. 25 octies, al. 37 à 42	L. 124-20
art. 25 octies, al. 43 et 44	L. 124-18
art. 25 octies, al. 45	L. 124-19
art. 25 octies, al. 46	L. 124-26
art. 25 nonies, al. 1	L. 122-23
art. 25 nonies, al. 2 à 4	L. 124-24
art. 25 nonies, al. 5	L. 122-25
art. 25 decies	L. 124-25
art. 26, al. 1	L. 121-6
art. 26, al. 2	L. 121-7
art. 27	L. 121-8
art. 28, al. 1, ph. 1, al. 2	L. 121-9
art. 28, al. 1, ph. 2	L. 121-10
art. 28 bis, al. 1	L. 124-2
art. 28 bis, al. 2	L. 124-26
art. 28 ter, al. 1 et 2	L. 124-3
art. 28 ter, al. 3	L. 124-26
art. 29, al. 1	L. 530-1
art. 29, al. 2	L. 532-6
art. 30, al. 1 et 2	L. 531-1
art. 30, al. 3, ph 1 et 2	L. 531-2
art. 30, al. 3 ph. 3 et 5 al. 4 ph. 1	L. 531-3
art. 30, al. 4 ph. 2	non repris
art. 30, al. 5	L. 531-4
art. 30, al. 6, ph. 1	L. 531-5
art. 32, al. 1	L. 331-1
art. 32, al. 2 ph. 1 et 3	L. 332-21
art. 32, al. 2 ph. 2	L. 332-28
art. 32, al. 4	L. 9

Bibliographie

Ouvrages (thèses, manuels, ouvrages collectifs, essais, etc.)

Aubin E.,

La déontologie dans la fonction publique, Gualino, coll. « Fonction publique », 2^e éd., 2019.

Les personnels de la fonction publique ? Du Statut général à la « travaillisation » des personnels, Gualino, coll. « Fonction publique », 1^{ère} éd., 2020.

L'essentiel du droit de la fonction publique, Gualino, coll. « Carrés rouges », 15^e éd., 2021.

Bavitot A., *La probité publique en droit pénal*, thèse, PUAM, 2019.

Biard J., *Les incompatibilités dans la fonction publique*, thèse de droit public, sous la direction d'E. Desmons, Université Sorbonne Paris Cité, 2015.

Blachère P. (dir.), *Déontologie et droit public*, 2014, Lextenso éditions, p. 83.

Blachère P., Gicquel J.-É., *Les grands textes de la déontologie de la vie publique*, avant-propos de Jean-Louis Nadal, LGDJ, 2017.

Boisvert Y. (dir.), *Éthique et gouvernance publique : principes, enjeux et défis*, Montréal, Liber, 2011

Brigant J.-M., *Contribution à l'étude de la probité*, PUAM, 2012.

Carius M.,

Cumuls et pantouflage dans les trois fonctions publiques, Berger-Levrault, 2001.

Cumuls et agents publics, thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », T. 222, 2002.

Catherine R., *Le Fonctionnaire français : introduction à une déontologie de la fonction publique*, Sirey, 1973

Chambon F., Gaspon O., *La déontologie administrative. Des valeurs du service public à un management de la prévention des risques*, 2^e éd., 2015, LGDJ, coll. « Systèmes pratique ».

Didier J.-P.,

La déontologie de l'administration, PUF, coll. « Que sais-je ? », mars 1999.

L'éthique du fonctionnaire civil. Son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises, préface de J.-M. Pontier, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », T. 202, mai 1999.

Dord O., *Droit de la fonction publique*, 3^e éd., PUF, coll. « Thémis. Droit », 2017.

Eymeri-Douzans J.-M., Aubin E., Kerléo J.-F., Saison J., *Quelle déontologie pour la haute fonction publique ? Enjeux, textes et perspectives*, Institut Francophone pour la Justice et Démocratie, coll. « Colloques et essais », juin 2021.

Grégoire R., *La fonction publique*, 1954, Dalloz, rééd., 2005.

- Kondylis V., *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », T. 168, 1995.
- Fortier Ch. (dir), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Dalloz, 2014, p. 345.
- France P., Vauchez A., *Sphère publique, intérêts privés : enquête sur un grand brouillage*, Presses de Sciences-Po, 2017.
- Jauvert V.,
Les intouchables d'État, éd. R. Laffont, 2018.
Les Voraces, éd. R. Laffont, 2019.
La Mafia d'État, Le Seuil, 2021.
- Melleray F., *Droit de la fonction publique*, 5^e éd., Economica, coll. « Corpus – serie », oct. 2020.
- Moret-Bailly J., Truchet D.,
Déontologie des juristes, PUF, coll. « Licence », 2010.
Droit des déontologies, PUF, coll. « Thémis. Droit », 2016.
- Plantey A., *La fonction publique. Traité général*, 2^e éd., Litec, 2001.
- Plantey A., Plantey M.-C., *La fonction publique*, 3^e éd., LexisNexis, coll. « Traités », 2012.
- Peuchot E., *L'obligation de désintéressement des agents publics*, thèse soutenue en 1987 à Paris 2, sous la direction d'Y. Gaudemet.
- Potier V., *Déontologie des élus et des fonctionnaires territoriaux : responsabilités, risques, obligations*, Le Moniteur, 2015.
- Rouban L., *Quel avenir pour la fonction publique ?*, Doc. fr., coll. « Doc'en poche – Place au débat », 2017.
- Simon J. (coord.), *La déontologie des cadres publics : pour un service public responsable*, préf. de Martin Hirsch, Paris, SCEREN, CNDP, 2012.
- Taillefait A., *Droit de la fonction publique*, 8^e éd., Dalloz, coll. « Précis, nov. 2018
- Vigouroux C.,
Déontologie des fonctions publiques, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995.
Déontologie des fonctions publiques : droits, obligations, garanties, discipline, 2^e éd., Dalloz, coll. « Praxis Dalloz », 2012.
- Zarca A. (dir.),
Le travailleur obligé. Regards croisés sur les obligations de l'argent public et du salarié, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2019.
Les outils au service de la déontologie. Regards croisés dans la fonction publique et dans l'entreprise, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020.

Rapports

Assemblée nationale :

Rapport n° 3099 sur le projet de loi (nos° 1278 et 2880) relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, enregistré à la présidence de l'AN le 1^{er} octobre 2015, par F. Descamps-Crosnier.

Rapport d'information n° 611 du 31 janvier 2018 sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts, par les députés O. Marleix et F. Matras, le 31 janvier 2018.

Rapport n° 1802 du 3 mai 2019 sur le projet de loi de transformation de la fonction publique, par E. Chalas.

Rapport du 7 juillet 2021 sur l'évaluation de l'impact 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, dite « loi Sapin 2 », par R. Gauvain et O. Marleix.

Club des juristes, *Pour un droit européen de la compliance*, rapport réalisé par la Commission compliance présidée par B. Cazeneuve, nov. 2020.

Commission de déontologie de la fonction publique, rapports annuels d'activité 1995-1996 à 2019.

Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique (présidée par J.-M. Sauvé), *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, janv. 2011.

Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par M. Lionel Jospin, *Pour un renouveau démocratique*, nov. 2012.

Conseil d'État, section du rapport et des études, *Le cumul d'activités et de rémunération des agents publics*, 30 nov. 1998.

Nadal J.-L., *Renouer la confiance publique : rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, La Documentation française, janv. 2015.

Pêcheur B., *Assurer la confiance des citoyens dans les agents publics*, rapport à Monsieur le Premier ministre sur la fonction publique, 29 oct. 2013, p. 77.

Sénat, *Préconisations pour une réforme de la Haute fonction publique*, rapport n° 16 de M. Pierre-Yves Collombat, fait au nom de la commission d'enquête, 4 oct. 2018.

Terra Nova, *Les conflits d'intérêts nouvelle frontière de la démocratie*, rapport rédigé par Moret-Bailly J., Ruiz-Fabri H., Scialom L., 3 févr. 2017.

Articles, chapitres d'ouvrages, notes de jurisprudence

Aubin E.,

« Les valeurs de la fonction publique en dehors de la loi du 13 juillet 1983 », *AJDA* 2013, p. 1212.

« L'entrée de la déontologie dans le titre I^{er} du statut général. Vers une meilleure prévention des risques dans la fonction publique ? », *AJDA* 2016, p. 1433.

« Existe-t-il un droit à la mobilité ? », *AJDA* 2018, p. 546.

- « *Infractions pénales des agents des collectivités territoriales liées aux manquements à la probité* », *Encyclopédie des collectivités locales*, chapitre 11, juil. 2019.
- « *Le contrat, avenir de la fonction publique ?* », *AJDA* 2019, p. 2349.
- « *La mobilité et les transitions professionnelles : continuum ou changement de paradigme ?* », *RFDA* 2020, p. 283.
- Bartoli A., Keramidas O., Larat F., Mazouz B., « Vers un management public éthique et performant », *RFAP* 2011/4 n° 140, p. 629.
- Benoit J., « La prise illégale d'intérêt suivant l'exercice des fonctions », in *Encyclopédie des collectivités locales*, chap. 7, mai 2014.
- Bomberger E., « L'inspiration internationale du droit français en matière de conflits d'intérêts », *Dr. adm.* 2015, étude 10.
- Brigant J.-M., « Affaires, conflits d'intérêts, probité... : cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir », *Droit pénal*, n°1, janv. 2012, p. 16.
- Buge E., « La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique : un premier bilan », *AJDA* 2020, p. 770
- Bui-Xuan Olivia, « Le déontologue », *RDP* n° 6-2021, p. 1447.
- Caillosse J., « La "conscience professionnelle" de l'agent public entre rappels à l'ordre statutaire et rationalité managériale », *Rev. adm* 2003, n° 334, p. 350.
- Camus A., « La dignité de la fonction publique en droit de la fonction publique », *RFDA* n°3 mai-juin 2015, p. 541.
- Carius M., « Feu le décret du 29 octobre 1936 », *AJDA* 2007, p. 521.
- Charle C., « Le pantouflage en France (vers 1880-vers 1980) », in *Annales. Économies Sociétés Civilisations*, n° 5, 1987, p. 1115.
- Chauvaux D., Girardot T.-X., « Interdiction de nommer un fonctionnaire public, pendant un délai de cinq ans, dans une entreprise privée qu'il a surveillée ou contrôlée à raison de ses fonctions », *AJDA* 1997, p. 152.
- Clouzot L., « La loi « Déontologie » : Quelles ambitions pour une fonction publique en quête d'identité ? », *Dr. adm.*, oct. 2016, p. 10.
- Cœur de Roy S., « La construction de la fonction de référent déontologue dans un département », in *Les outils au service de la déontologie. Regards croisés dans la fonction publique et dans l'entreprise*, Zarca A. (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020, p. 69.
- Colin F., « L'obligation de délicatesse des agents publics », in *AJFP*, n° 3 mai-juin 2015, p. 157.
- Debove F., « Les forces publiques de sécurité intérieure ont-elles une déontologie ? », in *La fonction publique face à la déontologie* (dossier), in *Les cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n°331 avril 2013, p. 40.
- Demontrond N., « La montée en puissance des référents déontologues », *AJFP* 2020, p. 298.
- Derbouilles L., « Quel statut pour le contrat au sein d'une fonction publique transformée ? », *AJFP* 2019, p. 190.

Dord O.,

« Pantouflage : des règles simplifiées pour un contrôle renforcé », *AJDA* 2007, p. 516.

« Pantouflage des membres des cabinets ministériels : la position en creux du Conseil d'État », *AJDA* 2003 p.1941.

« La loi Mobilité ou l'adaptation du statut par une gestion renouvelée des personnels », *AJDA* 2010, p. 193.

« La déontologie et l'égalité professionnelle », *RFDA* 2020, p. 264.

Doublet Y.-M., « Nominations au tour extérieur et « pantouflage » dans la haute fonction publique », *RFDA* 1995, p. 716.

Dreyer E., « Pantouflage ou service - présidentiel – commandé ? », *D.* 2012, p. 2782

Dubreuil C.-A., « L'éthique de la décision publique, garante de l'intérêt général », in *L'intérêt général*, mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz, 2015, p. 187.

Dupic E., « Un nouveau Code de déontologie commun à la police nationale et à la gendarmerie nationale, *Les Petites Affiches* n° 5, 7 janv. 2014, p. 8.

Dupuy O., « Les activités accessoires des agents publics après la réforme du 2 février 2007 », *RFDA* 2008, p. 160.

Dyens S., « Le référent déontologue dans les collectivités territoriales. Obligations juridiques et recommandations pratiques », *AJCT* 2017, p. 379.

École nationale d'administration [ENA], « La déontologie du fonctionnaire : actes du colloque du 7 novembre 1996 », *Cahiers de la fonction publique*, n° spécial 1997, supplément au n° 153, janvier 1997.

Ferstenbert J., « Le référent déontologue dans les collectivités territoriales », *AJDA* 2020, p. 783.

Fialaire J., « La mobilité et les transitions professionnelles dans la loi de "transformation" de la fonction publique », *AJFP* 2019, p. 258.

Foegle J.-P., Pringault S., « Les « lanceurs d'alerte » dans la fonction publique : les mutations contemporaines d'une figure traditionnelle de l'agent public », *AJDA* 2014, p. 2256.

Fortier C., « Pas de cumul de rémunérations pour les doctorants sous contrat ! », *AJFP* 2009, n° 6, p. 300.

Foucher B., Maugué C., « Le comité fédéral d'éthique et de déontologie du rugby français », *AJDA* 2020, p. 789.

Firoud M., « La Commission de déontologie est-elle désormais bien nommée ? Au lendemain de la loi « Déontologie » », *AJCT* 2016, p. 371.

Fortier C., « Le "référé" : question(s) d'autorité », *AJFP* 2018, p. 1.

Fournoux L. de, « Le référent », *RDP* n° 6-2021, p. 1459.

Gaudemet Y.,

« De l'intérêt général à la déontologie (petites observations sur un grand sujet) », in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz, 2015, p. 225 ;

« La déontologie, un pouvoir masqué », *RDP* juil. 2021, p. 895.

Girard D., « Ethique et service public : où en sommes-nous ? », revue *Éthique publique*, vol. 4, n°1, 2002, p. 159.

Guglielmi G., « Un avocat professeur de droit ne doit pas plaider contre l'État », *AJFP* 2000, p. 51.

Guillet N., « Interdits et interdictions dans le droit de la fonction publique », *Revue Droit et cultures*, L'Harmattan, n° 57-2009/1, p. 77.

Jean-Pierre D.,

« Réforme de la mise à disposition et de la déontologie : le bonheur est dans le privé », *JCP A* 2006, n° 1171.

« La modernisation des cumuls d'activités des agents publics », *JCP A* n° 12, 19 mars 2007, p. 2068.

« Activités privées : acte II de la nouvelle déontologie des agents publics : le décret relatif à l'exercice d'activités privées » *JCP A*, n° 22, 2007, 28 mai, p. 35.

« Activités privées : acte III de la nouvelle déontologie des agents publics : le décret relatif au cumul d'activités », *JCP A* n° 22, 2007, 28 mai, p. 37.

« Extension du domaine du cumul d'activités dans la fonction publique : la consécration du fonctionnaire auto-entrepreneur », *JCP A* n° 7, 14 févr. 2011, n° 2065.

« Conflits d'intérêts et responsabilisation des fonctionnaires », *JCP A* n° 10-11, 9 mars 2015, n° 2086.

« La nouvelle déontologie de la fonction publique : du décalogue au catalogue », *JCP A* 2016, n° 2172.

« Le référent déontologue : un super-héros sans super-pouvoir », *JCP A* 19 juin 2017, n° 24, p. 32.

« Le référent déontologue dans la fonction publique territoriale : conseiller sans contrôler », *Les informations administratives et juridiques du Centre interdépartemental de gestion de la petite couronne de la région d'Île-de-France*, La doc. fçse, juin 2017, p. 2.

« Pantouflage et déontologie dans la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique », *JCP A* 2019, 2275.

Husson-Trochain C., Villeneuve P., Wachsmann P., « Profession : Déontologue de collectivité », entretien, *AJCT* 2016, p. 387.

Jacquemoire Ph., « Cumul d'activités des agents de la FPT : entre interdiction de principe et exercice autorisé, état des lieux des règles applicables », *AJCT* 2021, p. 296.

Kessler M.-C., « Fonction publique et secteur concurrentiel », *AJDA* 1994, p. 436.

Lanord M., « Le cumul d'un emploi public et d'une activité lucrative : un débat faussé », *AJFP* 2003, p. 27.

Lasserre Capdeville J.,

« La prise illégale d'intérêts : un délit au champ d'application élargi par la jurisprudence », *AJCT* 2011, p. 344

« Le délit de "pantouflage" », *AJCT* 2011, p. 395

« Le projet de renforcement du délit de pantouflage », *AJCT* 2013, p. 216.

Laval-Mader N., « Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ? », *AJDA* 2009, p. 1230.

- Lenoir N., « Déontologues en Europe », *Rev. UE* 2014, p. 4.
- Le Pors A., « Une loi de dénaturation de la fonction publique », *JCP A* n° 12, 19 mars 2007, 2069
- Le Roy M., « Libres propos sur l'affaire *Pérol* et le transfert des agents publics vers le secteur privé », *Dalloz actualité*, 25 sept. 2009.
- Lochak D., « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA* 2014, p. 2236.
- Mallet-Bricout B., « Déontologie, morale et droit : un triptyque revivifié », *RTD civ.* 2016, p. 694.
- Mangiavillano A.,
- « Le contrôle juridictionnel des avis déontologiques », note sous CE, 4 nov. 2020, n° 440963, *M. Gourdault-Montagne*, *AJDA* 2021, p. 571.
- « Sur la notion d'activité accessoire du fonctionnaire (ce clair-obscur du contrôle déontologique) », *AJFP* 2021, p. 247.
- Marc E. et Struillou Y., « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ? », *RFDA* 2010, p. 1169.
- Melleray F.,
- « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDP* 2006, p. 185.
- « De la modernisation des droits et obligations des fonctionnaires », *AJDA* 2016, p. 1439.
- « Vers un élargissement du recours au contrat dans la fonction publique », *AJDA* 2019, p. 25.
- « La loi du 6 août 2019 fera-t-elle date ? », *AJDA* 2019, p. 2372.
- Ménéménis A., « Déontologie : une affaire de culture », *AJDA* 2020, p. 776
- Nantois (de) C., Razac Olivier, « Déontologie et fonction publique : les ambiguïtés d'une nécessité : l'exemple du Code de déontologie du service public pénitentiaire », *Les chroniques du CIRAP* n°12, oct. 2011.
- Olivier C., « Élus et agents face au risque pénal. La prise illégale d'intérêts : quels risques aujourd'hui pour les collectivités ? », *AJCT* 2014, p. 534.
- Onno J., « La déontologie de l'administration », *LPA*, 24 déc. 1999, n° 256, p. 15.
- Pénaud S., « Prise illégale d'intérêts et collectivités territoriales : les effets pervers d'une sévérité jurisprudentielle accrue », *AJCT* 2019, p. 224
- Peylet R., « Bilan de la Commission de déontologie de la fonction publique », *AJDA* 2020, p. 764.
- Piastra R., « Du pantouflage », *RDP* 2000, p. 121.
- Pochard M.,
- « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA* 2000, p. 3.
- « La récente loi de modernisation de la fonction publique va-t-elle dans le bon sens ? », *JCP A* n° 12, 19 mars 2007, 2070.
- Pollet-Panoussis D., « La procédure interne de recueil des alertes dans les administrations », *AJDA* 2019, p. 2168.

- Potier V., « Les conflits de valeurs dans la fonction publique territoriale », *AJDA* 2013, p. 1221.
- Pralus-Dupuy, « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *Revue criminelle* 1992, p. 229.
- Qazbit H., « Le conflit d'intérêts dans le droit de la fonction publique », *AJFP* 2014, p. 277.
- Vier C.-L., « La notion de conflit d'intérêts », *AJDA* 2012, p. 871.
- Rebut D., « Les conflits d'intérêts et le droit pénal », *Pouvoirs*, 2013/4 n° 147, p. 123.
- Renaudie O.,
- « Les déontologues dans les institutions de santé », *RDSS* 2018, p. 91.
 - « Le besoin de code(s) : déontologie et sécurité intérieure », in Zarca A. (dir.), *Les outils au service de la déontologie*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020, p. 29.
- Salon S., Savignac J.-C., « Obligation de désintéressement des fonctionnaires », *AJDA* 1991 p.775.
- Sauvé J.-M.,
- « Conflits d'intérêts et déontologie dans le secteur public », *AJDA*, n°16 avril 2012, p. 861.
 - « Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires ? », *RFAP* n° 147, 2013, p. 725-745.
- Sauvé J.-M., Simon J., Debove F. e. a., Entretien avec Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, in *La fonction publique face à la déontologie* (dossier), *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 331 avril 2013, p. 28.
- Schrameck O.,
- « La déontologie du fonctionnaire », Actes du colloque du 7 nov. 1996 à l'ÉNA, *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° spécial supplément au n° 153, éd. Berger-Levrault, 1997.
 - « Du statut à la déontologie », *Pouvoirs locaux* 1995, n° 27, p. 57.
- Ségonds, M., « Délit de prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire » in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, chap. 2, juil. 2019.
- Simon G., « Stop au pantouflage ! », *AJFP* 1997, p. 35.
- Taillefait A.,
- « La mobilité des agents publics après les lois de février 2007 relatives à la fonction publique », *Dr. adm.* 2007, n° 9.
 - « Le rôle de la Commission de déontologie : à propos de l'affaire Pérol », *Le Monde*, 25 févr. 2009, p. 13.
 - « La mobilité entre le secteur public et le secteur privé : évolution ou agitation ? », *AJDA* 2018, p. 559.
 - « Déontologie et égalité professionnelle après la loi Dussopt », *AJDA* 2019, p. 2356.
- Tessier E., « L'instauration d'un référent déontologue dans la fonction publique », *Les Petites affiches*, n° 189-190, 21-22 sept. 2017, p. 9-10
- Truchet D., « Le besoin de déontologie », *AJDA* 2010, p. 2129
- Rivero J.,
- « Vers la fin du droit de la fonction publique », *D.* 1947, chron. n° 152, p. 149.

« Droit du travail et droit administratif », 1960, *Dr. soc.* 1960, p. 609.

« Une déontologie de la fonction publique », *Projet* 1989. 33, n° 220.

Untermaier-Kerléo É.,

« Le référent déontologue au sein de la fonction publique, premier bilan et perspectives d'évolution », note pour l'Observatoire de l'éthique publique, 27 mai 2019.

« Pas de déontologue pour les élus locaux ! », tribune, *AJCT* janv. 2020.

« Guide pratique de la déontologie des élus locaux », *AJCT* sept. 2020, p. 6.

« Actes administratifs unilatéraux et déontologie des élus locaux : identifier les risques juridiques pour mieux les prévenir », *JCP A* 23 nov. 2020, n° 2303.

« Le secret est-il une question ? Entretien avec un référent déontologue », in dossier Confidentialité et secret professionnel dans les collectivités, *AJCT* déc. 2020.

« Le cumul d'activités par les hauts fonctionnaires », in *Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires ? Enjeux, textes et perspectives*, E. Aubin, J.-F. Kerléo, J.-M. Eymeri-Douzans, Johanne Saison (dir.), Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, T. 132, juin 2021.

« La reconversion professionnelle des élus locaux : quel cadre déontologique ? », *JCP A* 10 mai 2021, n° 2160.

« Le traitement du conflit d'intérêts par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Commentaire du *Guide déontologique II* », *AJCT* juil.-août 2021, 357.

Vigouroux C.,

« Trente ans après la loi du 13 juillet 1983 », *AJDA* 2013, p. 1202.

« Chartes et/ou codes de déontologie et responsabilisation », *JCP A* n° 10-11, 9 mars 2015, 2084.

Villeneuve P.,

« Le référent déontologue, une nouvelle figure pour la fonction publique », *JCP A* 19 juin 2017, n° 24, p. 27.

« Régime du lanceur d'alerte dans la fonction publique : d'utiles précisions ! », *JCP A* 2018, 2256.

Table des matières

Sommaire	3
Table des abréviations	5
Introduction	9
Définition de la déontologie	9
Des préoccupations déontologiques anciennes	11
Les exigences déontologiques dans les statuts successifs de la fonction publique	13
La déontologie de la fonction publique en dehors du statut	15
La loi du 20 avril 2016 : l'intégration explicite de la question déontologique dans le statut général	21
L'institution du référent déontologue	24
Le référent déontologue, une « <i>figure de pacotille</i> » ?	28
Un double regard théorique et pratique	29
Plan de l'étude	31
Titre 1. L'insertion du référent déontologue dans un paysage institutionnel en mutation	33
Section 1. La profonde rénovation du cadre institutionnel de contrôle de la déontologie	35
§ 1. La Commission de déontologie de la fonction publique, première instance déontologique propre à la fonction publique	35
A. Le « premier âge » de la Commission de déontologie de la fonction publique (1991-2007)	36
1. La première Commission instituée par le décret de 1991 pour les fonctionnaires de l'État	36
2. La consécration législative et l'extension aux trois versants de la fonction publique	37
B. Le tournant de 2007 : clarifier les règles concernant l'exercice d'activités privées par les agents publics afin d'encourager les échanges entre secteur public et secteur privé	39
C. De l'affaire <i>Pérol</i> à la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité dans la fonction publique	41
D. L'ultime renforcement des prérogatives de la Commission de déontologie par la loi du 20 avril 2016	43
§ 2. La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, figure centrale de la déontologie de l'action publique	45
A. La Commission de déontologie de la fonction publique remplacée par la HATVP	46
1. La coexistence de la HATVP avec la Commission de déontologie de la fonction publique et les référents déontologues	46
2. La suppression de la CDFP et le transfert de ses compétences à la HATVP	48
3. Le possible transfert de certaines compétences de l'Agence française anticorruption à la HATVP : vers une Haute Autorité pour la probité ?	49
B. La déconcentration des contrôles déontologiques	52

1. Un contrôle systématique de la Haute Autorité pour les agents les plus exposés au risque pénal et déontologique	52
2. Un système de contrôle déconcentré pour la majorité des agents	53
C. La portée des contrôles déontologiques renforcée.....	54
1. Une innovation essentielle : le contrôle du rétro-pantouflage	54
Proposition n° 1	56
2. Les nouvelles prérogatives de la HATVP	56
Proposition n° 2.....	57
Section 2. La mise en place des référents déontologues.....	61
§ 1. L'hétérogénéité des référents déontologues	61
A. Le choix de la structure : collègue ou personne unique.....	62
1. Fonction publique d'État	63
2. Fonction publique territoriale	65
3. Fonction publique hospitalière	67
B. Le choix des personnes : le nécessaire respect de certaines conditions dans le silence des textes.....	68
1. Des fonctions nécessitant de solides connaissances juridiques	68
2. La désignation d'une personne à un niveau permettant l'exercice effectif de ses missions.....	69
3. Les moyens humains, financiers et matériels	70
Proposition n° 3.....	72
C. La nécessité d'une mise en réseau des référents déontologues.....	72
1. Des réseaux sectoriels	73
Proposition n° 4.....	75
2. La nécessité d'un réseau national sous l'égide de la Haute Autorité	75
Proposition n° 5.....	77
§ 2. La pluralité des missions du référent déontologue	77
A. Le confident déontologique des agents	77
1. La saisine par les agents	77
2. L'exclusion des saisines par les responsables politiques.....	81
3. L'exclusion des saisines par les chefs de service	82
Proposition n° 6.....	84
B. Un relais de la Haute Autorité auprès des autorités hiérarchiques	84
1. Des responsabilités importantes	85
2. Des prérogatives insuffisantes.....	86
Proposition n° 7.....	88
Proposition n° 8.....	90
C. Le rôle du référent déontologue en matière d'alerte et de signalement	90
1. Trois dispositifs distincts.....	90

2. Les différentes configurations : cumul ou dissociation des fonctions de référent déontologue, alerte et signalement.....	94
3. Le traitement des signalements	96
4. L'absence d'effectivité du mécanisme général d'alerte éthique.....	98
Conclusion du titre 1 ^{er}	99
Titre 2. L'exercice d'activités privées par les agents publics, au cœur des missions du référent déontologue	101
Section 1. Les projets de cumul d'activités des agents publics	103
§ 1. Un cadre juridique complexe en raison du caractère dérogatoire du cumul.....	104
A. Les textes précurseurs.....	104
B. Le décret-loi du 29 octobre 1936, texte fondateur.....	107
C. La loi du 2 février 2007 : l'assouplissement du régime.....	110
D. La loi du 20 avril 2016 : le renforcement de l'obligation d'exclusivité	112
E. La loi du 6 août 2019 et le décret du 30 janvier 2020 : l'absence de changement sur le fond....	114
§ 2. L'application casuistique du régime du cumul par le référent déontologue.....	115
TABLEAU – Distinction entre activité accessoire et création ou reprise d'entreprise	116
A. L'exercice d'une activité accessoire en cumul avec les fonctions publiques à temps plein.....	116
1. La nécessité d'une autorisation	117
a) Le principe.....	117
b) Les agents et activités soumis à un régime de déclaration préalable	118
- Les agents à temps non complet ou incomplet ($\leq 70\%$).....	118
- Les praticiens hospitaliers	119
- Le régime de déclaration préalable pour les activités accessoires relevant des missions des personnels de l'enseignement supérieur et de la recherche pour le compte de établissements d'enseignement supérieur ou de collectivités publiques	119
2. L'objet de l'activité accessoire.....	120
a) La qualification d'activité accessoire	120
b) Illustrations.....	122
TABLEAU – activités accessoires	123
c) Faire évoluer la notion d'activité accessoire ?	128
Proposition n° 9.....	130
3. La création d'une micro-entreprise.....	130
4. La compatibilité de l'activité accessoire avec les fonctions publiques exercées par l'agent	131
B. L'autorisation d'exercer les fonctions publiques à temps partiel pour création d'entreprise	131
1. La nécessité d'une autorisation d'exercer les fonctions publiques à temps partiel	132
a) L'obligation d'exercer ses fonctions à temps partiel.....	132
b) L'obligation d'être dirigeant	132
c) La durée limitée de l'autorisation.....	133

2. Le contrôle déontologique.....	133
a) Le risque pénal de prise illégale d'intérêts (art. 432-12 du Code pénal).....	135
b) Le risque d'atteinte aux fonctions précédemment exercées ou à un principe déontologique .	136
- Un risque élevé en cas d'activité privée exercée dans le même secteur d'activité et dans le même ressort territorial	137
- L'obligation de respecter certaines réserves	137
- Dignité et pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique.....	138
C. Les activités susceptibles d'être exercées librement.....	139
1. La production des œuvres de l'esprit.....	140
a) Le caractère indicatif de la liste figurant à l'art. L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle	140
b) L'exclusion des activités essentiellement commerciales.....	142
c) Le respect du devoir de réserve et des obligations de secret et discrétion professionnels ..	142
2. La gestion du patrimoine personnel et familial	143
a) La gestion de chambres d'hôtes et la location d'appartements	143
b) La détention de parts sociales et la gérance d'une société familiale	144
c) La gestion d'une exploitation agricole familiale	145
Proposition n° 10.....	145
3. Les activités bénévoles et non professionnelles	146
4. L'exercice de professions libérales par certaines catégories d'agents.....	147
Proposition n° 11	149
5. Le contrat vendanges.....	149
Section 2. Les projets de départ vers le secteur privé des agents publics.....	151
§ 1. L'encadrement juridique des départs progressivement renforcé	152
A. Le cadre pénal	152
1. Historique	152
2. Application par les juges pénal et administratif	156
B. Le cadre statutaire	160
- Historique.....	160
- Les modalités actuelles de contrôle.....	162
§ 2. L'appréciation <i>in concreto</i> des risques par le référent déontologue.....	164
A. L'appréciation du risque pénal	165
1. La notion d'entreprise privée.....	166
- Qualification d'entreprise privée écartée	167
- Qualification d'entreprise privée retenue	168
2. L'existence de liens faisant obstacle au départ de l'agent.....	169
B. Le risque d'atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service, ainsi qu'aux principes déontologiques qui incombent aux agents publics	171

Conclusion du titre 2	173
Conclusion générale	175
Table de concordance Loi de 1983 / Code général de la fonction publique.....	181
Bibliographie	183
Ouvrages (thèses, manuels, ouvrages collectifs, essais, etc.)	183
Rapports	185
Articles, chapitres d'ouvrages, notes de jurisprudence	185
Table des matières	193