



MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE LA SOLIDARITÉ
ET DE LA FONCTION PUBLIQUE

Commission de déontologie de la fonction publique

Accès des agents publics au secteur privé

Rapport d'activité - 2009

Rapport au Premier ministre

DGAFP

COLLECTION
Ressources humaines

JM

RESSOURCES HUMAINES

RESSOU

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

INTRODUCTION

La commission de déontologie a été instaurée par l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993. Cette loi a été réformée à deux reprises, en 2007 puis en 2009.

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

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

La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 a étendu aux praticiens hospitaliers les règles de déontologie en leur rendant applicables les dispositions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 et de l'article 87 de la loi n° 93-122 de la loi du 29 janvier 1993, ainsi que les dispositions du code de la recherche relatives à la valorisation des travaux de recherche.

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

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

Le champ et les modalités d'application de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 ont été précisés par le décret n° 2007-611 du 26 avril 2007 qui fixe les règles relatives à l'exercice d'activités privées des fonctionnaires ou des agents non titulaires cessant temporairement ou définitivement leurs fonctions selon toutes les modalités possibles, ainsi que les règles de saisine de la commission. Ce décret devrait être prochainement modifié pour tirer, au plan réglementaire, les conséquences de la loi du 3 août 2009.

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

La loi du 3 août 2009 a porté la durée maximale du cumul pour création ou reprise d'entreprise de un an à deux ans, période renouvelable une fois pour une durée maximale d'un an.

Pour pratiquer ce cumul, les agents publics peuvent soit demeurer à temps plein, soit se placer à temps partiel de droit.

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 devrait être prochainement modifié, notamment pour préciser la notion d'activité accessoire.

En ce qui concerne les cas de cumul et de départ dans le secteur privé propres au secteur et aux personnels de la recherche, la commission de déontologie est compétente depuis 1999 pour donner son avis sur les autorisations demandées par les personnels de la recherche en vue de participer à la création d'entreprise et aux activités des entreprises existantes, en application des articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche (voir seconde partie du présent rapport). Le décret du 26 avril 2007 comporte un titre spécifiquement consacré à la procédure à suivre pour l'examen des dossiers présentés en application du code de la recherche.

Les avis d'incompatibilité rendus par la commission de déontologie lient la décision de l'administration. En revanche, les avis de compatibilité, même assortis d'une réserve, laissent à l'administration le choix de la décision finale.

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

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

Le président et les membres de la commission ont été nommés par décret du 1^{er} juin 2007 pour une durée de trois ans.

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

Le rapporteur général, les rapporteurs généraux adjoints et les rapporteurs ont également été nommés pour une durée de trois ans (*cf.* article 7 du décret n° 2007-611 du 26 avril 2007), par un arrêté du 1^{er} juin 2007.

La commission, dans cette composition, présente ici son troisième rapport, qui sera remis au Premier ministre conformément à l'article 11 du décret n° 2007-611 du 26 avril 2007.

Sa composition a été renouvelée par le décret du 28 mai 2010.

*

Première partie

LE DEPART DANS LE SECTEUR PRIVE ET LE CUMUL D'ACTIVITES

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

1. LE BILAN DE L'ACTIVITE DE LA COMMISSION

1.1 SAISINES

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

Fonction publique de l'Etat

	2007 (1)	2008	2009
Nombre d'avis	1014	874	1073
Variation en %	-14,7%	-16%	+22,8 %

Fonction publique hospitalière

	2007	2008	2009
Nombre d'avis	1847	326	363
Variation en %	- 40,38 %	- 82,35 %	+ 11,34 %

Fonction publique territoriale

	2007 (1)	2008	2009
Nombre d'avis	957	834	1116
Variation	+11,6%	-8,71%	+33,8%

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

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

Fonction publique de l'Etat

2009	Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007		Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007	Total
Avis motivés	274		168	442 (41,2 %)
Avis en forme simplifiée	Avis tacites 68	Ordonnances 188	Cumuls en forme simplifiée 375	631 (58,8 %)
Total	530 (49,4 %)		543 (50,6 %)	1073 (100 %)

Fonction publique hospitalière

2009	Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007	Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007	Total
Avis motivés	7	102	109 (30,03 %)
Avis en forme simplifiée	Avis tacites 104	Ordonnances 150	254 (69,97 %)
Total	111 (30,57 %)	252 (69,42 %)	363 (100 %)

Fonction publique territoriale

	Dossiers examinés au titre du décret du 26 avril 2007		Dossiers examinés au titre du décret du 2 mai 2007	Total
Avis motivés	72		519	591 (53 %)
Avis en forme simplifiée	Avis tacites 96	Ordonnances 162	Ordonnances 267	525 (47 %)
Total	330 (29,6 %)		786 (70,4 %)	1116

Pour les trois fonctions publiques, la commission a été saisie de 2.552 dossiers, dont près de 62 % correspondent à des demandes de cumul d'activités.

Dans un souci d'efficacité, le législateur a prévu que les situations les plus simples du point de vue déontologique pourraient faire l'objet soit d'un avis tacite, soit d'une ordonnance du président de la commission.

Ainsi, le VI de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 dispose que « le président de la commission peut rendre, au nom de celle-ci, un avis de compatibilité dans le cas où l'activité envisagée est manifestement compatible avec les fonctions antérieures de l'agent. Il peut également rendre, au nom de la commission, un avis d'incompétence, d'irrecevabilité ou constatant qu'il n'y a pas lieu à statuer ». La loi du 3 août 2009 a étendu cette procédure aux cas de cumul.

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

Le décret du 2 mai 2007 devrait être prochainement modifié afin de rendre également possible l'avis tacite dans les cas de cumul d'activités.

1) Dans la fonction publique de l'Etat, en 2009, la progression des déclarations de cumul a été particulièrement importante, puisque celles-ci représentent désormais plus de la moitié des demandes examinées par la commission de déontologie, deux ans après l'entrée en vigueur des dispositions correspondantes.

Près de 70 % des avis de la commission de déontologie ne sont désormais plus examinés en séance. En effet, pour toutes les situations de départ dans le secteur privé, ou de cumul, qui ne présentent aucune difficulté d'ordre déontologique, le président de la commission a, après avoir défini avec la commission la doctrine à suivre, utilisé la faculté que lui ouvre la loi de signer des avis en forme simplifiée au nom de la commission.

2) Pour la fonction publique hospitalière, 363 avis ont été rendus en 2009 : 111 dossiers ont été présentés au titre des dispositions du décret du 26 avril 2007, et 252 au titre des dispositions relatives au cumul d'activités prévues par le décret du 2 mai 2007.

Dans la fonction publique hospitalière, les avis tacites ont représenté plus de 93 % des avis rendus au titre du décret du 26 avril 2007, soit 172 sur 202, proportion habituelle, compte tenu de l'absence de problèmes d'ordre déontologique pour un très grand nombre de dossiers. Les dossiers ayant fait l'objet d'un accord tacite concernent, d'une part, des personnels soignants qui souhaitent exercer leur activité, soit au sein d'établissements de soins privés, soit en secteur libéral, et, d'autre part, des personnels administratifs ou techniques qui souhaitent exercer des activités commerciales ou créer des entreprises.

Les avis relatifs à un départ temporaire ou définitif dans le secteur privé sont encore nombreux en 2009. Les saisines sont essentiellement présentées par des établissements de moyenne et de petite importance (centres hospitaliers spécialisés, hôpitaux locaux, établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes ou maisons de retraite) qui ont continué à saisir la commission, alors que sa consultation n'était pas obligatoire, pour des agents placés en disponibilité ou partant à la retraite. Par ailleurs, six saisines concernant des directeurs d'hôpitaux et des directeurs d'établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux ont fait l'objet d'un examen par la commission.

Les demandes de cumul d'activités ont connu une progression comparable à celle constatée dans la fonction publique d'Etat (50 %) et représentent plus de 69 % des avis rendus relatifs à des personnels hospitaliers. Ces demandes concernent principalement des personnels soignants qui souhaitent créer un cabinet libéral dans leur spécialité, tout en continuant à exercer leurs fonctions au sein de la fonction publique hospitalière, le plus fréquemment à raison de 80 % ou 50 % de leur temps de travail.

3) Dans la fonction publique territoriale, l'année 2009 a également enregistré une progression importante des demandes de cumuls pour création d'entreprise : 786 demandes sur 1116 sont des demandes de cumul, soit 70,40 %. La majeure partie de ces cumuls est sollicitée par des agents de catégorie C, pour la plupart en sus de leur temps de travail ou avec un temps partiel de 80 %. Un tiers de ces demandes a pu faire l'objet d'une ordonnance, soit 267.

Les ordonnances, dans leur ensemble, représentent un peu moins de la moitié des avis émis pour l'année 2009.

1.2 CAS DE SAISINES

Tableaux n° 3 : Répartition des avis en fonction de la position administrative (en %) - Evolution

Fonction publique de l'Etat

Année	Positions statutaires (1)	Démission	Retraite	Contractuels (2)	Cumul	Total
2007	62 %	2 %	9 %	14 %	13 %	100 %
2008	43,1 %	1,2 %	7,7 %	14,6 %	33,4 %	100 %
2009	34,95 %	1,03 %	8,20 %	5,22 %	50,61 %	100 %

(1) Il s'agit, outre la disponibilité, du détachement, de la position hors cadres, de la mise à disposition ou de l'exclusion temporaire de fonctions.

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

Fonction publique hospitalière

Année	Disponibilité	Démission	Retraite	Contractuels (1)	Cumuls	Total
2009	11,02 %	1,38 %	14,88 %	3,31 %	69,42 %	100 %

(1) Hors cumul

Fonction publique territoriale

	Positions statutaires (1)	Démission	Retraite	Contractuels (2)	Cumul	Total
2007	54,55 %	6,61 %	4,55 %	-	34,30 %	100 %
2008	62,23 %	0,11 %	0,60 %	0,96 %	36,10 %	100 %
2009	24,37 %	0,99 %	0,18 %	4,04 %	70,42 %	100 %

(1) Hors cumul ; il s'agit, outre la disponibilité, du détachement, de la position hors cadres, de la mise à disposition ou de l'exclusion temporaire de fonctions.

(2) Pour les contractuels, ont été regroupées les situations suivantes : démission, retraite, congé sans rémunération, fin de contrat, licenciement

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

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

Cette faculté offerte tant à l'administration qu'à l'agent assure en principe la saisine de la commission dans des conditions satisfaisantes lorsque celle-ci est nécessaire.

Toutefois, en cas d'accord entre l'administration et l'agent pour ne pas saisir la commission alors même qu'une telle saisine serait nécessaire, la commission n'est plus dépourvue de tout moyen d'action : la loi du 3 août 2009 ouvre, en effet, désormais la possibilité au président de la commission de saisir lui-même cette dernière dans un bref délai de dix jours, courant à compter du départ de l'agent.

En rendant la saisine de la commission facultative dans de nombreux cas, le législateur a conduit les administrations à prendre plus de responsabilités que par le passé en leur confiant le contrôle de déontologie. Cependant, le nombre relativement élevé d'avis tacites rendus montre que la commission reste saisie de situations qui auraient pu faire l'objet d'un examen par les seules administrations.

2) L'exercice d'une activité privée au titre du cumul est facilité par la possibilité d'obtenir, un temps partiel de droit, qui ne peut être inférieur au mi-temps. Cette possibilité n'est toutefois pas utilisée dans la majorité des cas, les agents préférant débiter leur activité privée sur leur temps libre.

Dans les trois fonctions publiques, la baisse sensible des demandes de mise en disponibilité dont la commission a été saisie entre 2008 et 2009 est concomitante à la forte hausse des demandes de cumul : on peut en inférer que des agents, qui auparavant auraient demandé une mise en disponibilité, préfèrent utiliser le sas que constitue l'exercice en cumul de l'activité privée envisagée. Ce peut être le cas, à titre d'exemple, lorsqu'il s'agit d'une activité de vente sur internet, ou sur les marchés du samedi ou du dimanche, qui n'empiète pas directement sur le temps de travail de l'agent.

1.3 ORIGINE DES SAISINES

1.3.1 Origine des saisines par administration ou autorité gestionnaire

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

Fonction publique de l'Etat

	2007	2008	2009	Moyenne
Ministères économiques et financiers	28 %	27,6 %	15 %	23,5 %
Ecologie, développement durable	9 %	12,7 %	8 %	9,9 %
Intérieur	14 %	18,7 %	15,09 %	15,9 %
Défense	6 %	7,8 %	4,75 %	6,2 %
Education nationale	11 %	33,2 %	34 %	26,6 %

Le tableau statistique ci-dessus ne prend en compte que les cinq principales administrations de l'Etat qui saisissent la commission de déontologie. Aux ministères financiers (ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat), ont été ajoutés l'inspection générale de finances et le CGIET (Conseil général de l'industrie, de l'énergie et des technologies).

Fonction publique territoriale

	2007	2008	2009
Régions	3,7 %	3,7 %	2,59 %
Départements	13,2 %	19,7 %	16,40 %
Services départementaux d'incendie et de secours (SDIS)	ND	4,7 %	7,88 %
Communes+ centres communaux d'action sociale (CCAS)	57,2 %	52,5 %	50,99 %
Regroupements de communes	13,1 %	12,2 %	13,62 %
Syndicats	6,6 %	4,5 %	2,87 %
Autres (2)	6,2 %	2,7 %	5,65 %

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

1.3.2 Origine des saisines par catégorie d'agents

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

Fonction publique de l'Etat

Année	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Contractuels	Total
2007	50 %	12 %	23 %	15 %	100 %
2008	57,6 %	13,5 %	15,6 %	13,3 %	100 %
2009	55,9 %	15 %	16,3 %	12,8 %	100 %
Moyenne	54,5 %	13,5 %	18,3 %	13,7 %	100 %

Fonction publique hospitalière

Année	Catégorie A		Catégorie B		Catégorie C		Contractuels		Total	
2007	136	7,35 %	1508	81,6 %	192	10,38 %	12	0,64 %	1848	100 %
2008	45	13,8 %	196	60,12 %	63	19,32 %	22	6,74 %	326	100 %
2009	74	20,38 %	157	43,25 %	105	28,92 %	27	7,43 %	363	100 %

Fonction publique territoriale

Année	Catégorie A		Catégorie B		Catégorie C		Total
	Titulaires	Contractuels	Titulaires	Contractuels	Titulaires	Contractuels	
2007	15 %	3,1 %	19,9 %	0,5 %	61,1 %	0,4 %	100 %
2008	17,66 %	3,73 %	17,41 %	1,25 %	58,70 %	1,25 %	100 %
2009	10,12 %	2,69 %	14,78 %	1,26 %	70,34 %	0,81 %	100 %
Moyenne	14,27 %	3,17 %	17,36 %	1 %	63,38 %	0,82 %	100 %

1) Dans la fonction publique de l'Etat, les saisines émanant d'agents de catégorie A, avec une proportion importante d'enseignants, ont, après avoir très sensiblement augmenté en 2008, tendu à se stabiliser en 2009.

Pour les autres catégories, y compris les agents contractuels, on constate une hausse chez les agents de catégorie B et C, et une légère baisse chez les agents contractuels.

2) Dans la fonction publique hospitalière, sur les 363 avis rendus cette année, 74 ont concerné des agents de catégorie A (20,38 %), 157 des agents de catégorie B (43,25 %), 105 des agents de catégorie C (28,92 %) et 27 des contractuels (7,43 %). La prépondérance des agents de catégorie B s'explique par la part des infirmiers qui souhaitent exercer une activité privée. En catégorie A, C, ou bien chez les contractuels, la grande majorité des dossiers sont des cas de cumul d'activités. Ainsi, sur un total de 74 agents de catégorie A, 53 avis¹ concernent des agents ayant demandé à exercer un cumul d'activités. Par ailleurs, six avis concernent des directeurs d'hôpitaux et directeurs d'établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux ayant demandé à être placés en disponibilité pour exercer une activité privée, que la commission examine systématiquement, compte tenu de la position des intéressés.

Sur un total de 157 agents de catégorie B, 113 avis² concernent des agents ayant demandé à exercer un cumul d'activités et, pour 105 agents de catégorie C, 74 avis³ concernent des agents ayant demandé un cumul d'activités.

Les contractuels ont, pour environ la moitié d'entre eux, présenté une demande de cumul d'activités (12 contractuels sur 27 au total).

3) Dans la fonction publique territoriale, on constate une hausse, depuis le mois d'août 2009, des demandes d'agents de la catégorie C souhaitant créer une auto-entreprise.

En revanche, la commission n'est qu'exceptionnellement saisie des cas des membres des cabinets des présidents des exécutifs locaux, pour la plupart agents de catégorie A ou A+. La loi du 3 août 2009 qui a rendu obligatoire l'information de la commission de déontologie sur les départs de ces agents, ne s'est pas appliquée en 2009 faute de décret d'application.

¹ 16 sages-femmes, 26 psychologues, 1 infirmier anesthésiste, 9 ingénieurs et techniciens supérieurs hospitaliers, 1 puéricultrice.

² 72 infirmiers, 9 assistants sociaux et éducateurs spécialisés, 9 masseurs-kinésithérapeutes, 3 psychomotriciens, 3 orthophonistes, 4 ergothérapeutes, 2 diététiciens 3 manipulateurs en radiologie, 8 secrétaires médicales.

³ 21 ouvriers professionnels spécialisés et maîtres ouvriers, 34 aides-soignants, 5 adjoints administratifs, 12 agents de services hospitaliers, 1 conducteur ambulancier, 1 permanencier auxiliaire de régulation médicale.

1.3.3 Origine des saisines par secteur d'activité envisagé

Tableaux n° 6 : Origine des saisines par secteur d'activité envisagé

Fonction publique de l'Etat

Ne sont mentionnés dans le tableau ci-dessous que les principaux secteurs d'activité privés vers lesquels se dirigent les agents publics.

Secteurs	2009 (nb d'agents)
Commerce, hôtellerie, restauration	133
Sanitaire, soins du corps, bien-être (1)	104
Informatique, télécommunications, internet	101
Juridique, conseil	87
Entreprise artisanale	87
Bâtiment travaux publics, aménagement, urbanisme	75
Enseignement	66
Sécurité	43
Banque et assurances	43
Autres	53

(1) Inclut les agents désirant exercer une activité libérale de psychologue, de psychothérapeute ou de psychanalyste.

Fonction publique territoriale

Secteurs	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Total
Industrie, restauration, commerce et développement économique	7	10	125	142
Services à la personne, bien-être, prestations de soins diverses	18	50	62	130
Sports, tourisme, enseignement, formation, culture, évènementiel	33	33	89	155
Travaux publics, petits travaux chez particuliers, transport et environnement	9	16	131	156
Jardinage, espaces verts	1	4	78	83
Informatique et télécommunications	12	19	48	79
Agriculture	2	6	25	33
Profession libérale, artisanat et expertise	12	17	49	78
Banque et assurance, immobilier	5	3	8	16
Sécurité	4	2	24	30
Maîtrise d'œuvre	/	2	/	2
Communication, politique et management, secrétariat, administration	40	13	49	102
Autres (entretien et petites entreprises diverses), vente ambulante		4	106	110

1) Dans la fonction publique de l'Etat et dans la fonction publique territoriale, les secteurs dans lesquels se concentrent le plus les demandes en 2009 sont les suivants :

- commerce (notamment vente de produits et services sur Internet ou chez les particuliers, mais également de mets et d'objets fabriqués personnellement par l'agent) ;
- petite restauration (restauration rapide, ambulante, traiteur à domicile...) et hôtellerie ou chambres d'hôtes ;
- soins à la personne et bien-être (coaching, relaxation, réflexologie, techniques diverses de massage, méditation), et activité de psychologue, réservée aux agents détenant un diplôme ;
- informatique et Internet (dépannage informatique à domicile, graphisme web, conception de sites Internet...) ;
- juridique et audit (activité de conseil aux entreprises, mais également aux particuliers : patrimoine, fiscalité, énergie...) ;
- artisanat (électricité, plomberie, maçonnerie, jardinage...).

Certaines de ces activités sont susceptibles d'être exercées au titre des activités accessoires, qui ne relèvent alors pas de la compétence de la Commission, mais doivent être soumises à l'autorisation de la hiérarchie.

2) Les praticiens et auxiliaires médicaux de la fonction publique hospitalière s'orientent, majoritairement, vers des activités libérales dans leurs spécialités respectives (sages-femmes, infirmiers, psychomotriciens, masseurs-kinésithérapeutes, orthophonistes...) traduisant une diversité des modes d'exercice pour répondre aux besoins de la population, notamment. Un nombre de plus en plus important de psychologues demandent à exercer un cumul d'activités pour créer un cabinet libéral de psychologie, de psychothérapie ou de psychanalyse (26 en 2009 au lieu de 10 en 2008). Les aides soignants demandent à exercer un cumul d'activités sont également plus nombreux (34 en 2009 au lieu de 13 en 2008), et ils créent le plus souvent des entreprises de coiffure, d'esthétique, de relaxation et de bien-être. Les ouvriers professionnels spécialisés et les maîtres ouvriers créent essentiellement des entreprises individuelles ou des sociétés spécialisées dans leurs différents domaines de compétences.

1.3.4 Origine des saisines par sexe

Dans la fonction publique de l'Etat, le pourcentage de saisines concernant des femmes augmente sensiblement par rapport à 2008 (34 % contre 29,8 %). Ce pourcentage demeure toutefois éloigné de la proportion de femmes dans la fonction publique (58 % fin 2009, dans la fonction publique de l'Etat, 63 % dans les trois fonctions publiques).

1.4 SENS DES AVIS

1.4.1 Analyse d'ensemble

Tableaux n° 7 : Sens des avis (2009)

Fonction publique de l'Etat

	2007	2008	2009
Compatibilité (1)	74,0%	62,8%	54,6 %
Compatibilité sous réserve	22,3%	25,7%	25,8 %
Incompatibilité	1,4%	1%	1,8 %
Incompatibilité en l'état	0,5%	1,5%	0,6 %
Incompétence	1,6%	8,9%	14,8 %
Irrecevabilité	0,2%	0,1%	0,1 %
Doubles avis (2)	ND	ND	2,3 %
Total	100%	100%	

(1) Y compris les avis tacites.

(2) Dans des cas nécessitant une double motivation : principalement incompétence/compatibilité, incompétence/compatibilité sous réserve.

Fonction publique territoriale

	2007(1)	2008(2)	2009 (2)
Non lieu	/	0,4%	0,3%
Compatibilité	29,3 %	56,1%	50,9%
Compatibilité sous réserve	56,2 %	34,7%	30,6%
Incompatibilité	4,5 %	0,5%	0,6%
Incompatibilité en l'état	2,5 %	0,2%	0,3%
Incompétence	7,4 %	7,3%	16,7%
Irrecevabilité	/	0,8%	0,5%
Doubles avis	/	/	0,3%
Total (1)	100 %	100%	100%

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

(2) L'étude porte sur l'ensemble des dossiers.

L'importance des avis d'incompétence en 2009, passant de 8,9 % à 14,8 % du total des avis pour la fonction publique de l'Etat, et de 7,3 % à 16,7 % du total des avis pour la fonction publique territoriale, s'explique pour une grande part par une ambiguïté des textes relatifs au cumul d'activités. Dès lors que l'activité peut être considérée comme une activité accessoire, le cumul d'activités peut être autorisé par l'administration seule, sans saisine de la commission. Toutefois, en présence d'une création d'entreprise, certaines administrations ont systématiquement saisi la commission de déontologie y compris lorsque cette création relevait d'une activité privée regardée comme accessoire au sens de l'article 2 du décret du 2 mai 2007.

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

Soucieuse de répondre aux interrogations des administrations, la commission de déontologie, tout en se déclarant incompétente, a, lorsque la situation le nécessitait, appelé l'attention de l'administration sur le risque déontologique que comportait éventuellement l'exercice de l'activité accessoire envisagée.

Les avis d'incompatibilité en l'état ont connu une augmentation en 2009. Ils sont justifiés par le caractère insuffisant des informations fournies par l'administration et par l'agent. Il est donc utile de rappeler aux administrations gestionnaires les recommandations de la commission :

1°) indiquer un correspondant, auquel le rapporteur pourra facilement s'adresser ;

2°) se faire représenter aux séances de la commission ;

3°) rappeler aux agents dont le cas est examiné qu'ils doivent se tenir à la disposition (au moins par téléphone ou voie électronique) des rapporteurs pendant la période d'instruction et qu'ils sont susceptibles d'être convoqués par la commission.

Les avis de compatibilité – y compris les avis tacites – représentent 54,6 % des avis rendus, mais leur part relative diminue par rapport à 2008, où ils représentaient 62,8 %, et encore plus par rapport à 2007 (74 %). Cette baisse relative s'explique par la progression des avis d'incompétence et, dans une moindre mesure, des avis de compatibilité sous réserve.

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

encore l'intervention en faveur de personnes devenues ses clientes auprès de l'ancien service.

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

Les réserves dont la commission assortit ses avis favorables sont parfois mal comprises par les administrations dont l'agent dépend. Certaines d'entre elles ont en effet écrit à la commission pour lui signaler qu'elles ne disposaient pas de moyens matériels nécessaires pour contrôler l'activité privée de l'agent en situation de disponibilité ou de cumul. Mais les réserves auxquelles la commission impose à l'agent de se conformer, constituent une règle de conduite déontologique fixée à l'agent et exposée par sa hiérarchie. En cas de violation grave de ces réserves, on peut penser que l'information remontera inévitablement aux administrations, le cas échéant par l'intermédiaire du parquet.

Une particularité est à signaler en 2009 en matière de cumul : le développement des « doubles avis », c'est-à-dire les cas où le projet de l'agent comporte un volet pouvant être rattaché au régime des activités accessoires (ex. formation, conseil aux entreprises), et un autre volet relevant du cumul pour création d'entreprise (ex. vente de matériel). Pour le premier volet, la commission se déclare incompétente ; pour le second, elle rend un avis, le plus souvent de compatibilité, le cas échéant avec une réserve. L'intérêt pour l'agent est que l'exercice d'une partie de son activité professionnelle – la partie correspondant à une activité accessoire – n'est pas *a priori* limitée dans le temps, alors que le cumul pour création d'entreprise est possible pendant deux ans au maximum, période renouvelable une fois pour une durée maximale d'un an.

La proportion des avis d'incompatibilité rendus *in fine* ne saurait rendre compte de la réalité et de la rigueur du contrôle de la commission. De nombreuses situations potentiellement risquées, y compris sur le plan pénal, sont traitées en amont par des contacts préparatoires entre l'administration et la commission préalablement à sa saisine, ou bien, lorsque le dossier est parvenu jusqu'à l'instruction, par le rapporteur du dossier lors de ses entretiens avec l'agent concerné. Les services de la commission sont sollicités quotidiennement par des administrations qui leur demandent s'il existe une jurisprudence susceptible de s'appliquer au cas d'espèce dont elles sont saisies par l'agent. Il est important que ce dialogue soit permanent entre les administrations et les services de la commission qui, sous le contrôle du président et des rapporteurs généraux, assurent cette mission d'information, de conseil et d'expertise juridique. .

1.4.2. Analyse des avis par catégorie

Tableaux n° 8 : Sens des avis par catégorie (2008-2009)

Fonction publique de l'Etat

Catég. \ Années	Compatibilité (1)		Compatibilité sous réserve (1)		Incompatibilité (1)		Incompétence (1)	
	2008	2009	2008	2009	2008	2009	2008	2009
A	60,6	47,0	27,9	25	0,4	0,8	9,9	16,3
B	69,8	42,8	24,1	32,3	1,7	4,3	4,3	7,5
C	74,5	55,3	13,1	13,4	2,9	2,2	7,3	10,6
Contractuels	56,0	51,1	33,6	24,8	1,7	2,2	6,0	15,3
Moyenne	65,2	49,1	24,7	23,9	1,7	2,4	6,9	12,4

(1) En pourcentage

Par commodité, les 43 doubles avis, qui ne forment pas tous des combinaisons identiques, et qui concernent des agents de toutes catégories, n'ont pas été comptabilisés.

Les avis d'incompatibilité en l'état, compte tenu de leur très faible nombre, n'ont pas non plus été comptabilisés.

Fonction publique hospitalière

Catégories	Compatibilité		Compatibilité sous réserve		Incompatibilité		Incompatibilité en l'état		Incompétence	
A	41	55,41	32	43,24	0	0,00	0	0,00	1	1,35
B	116	73,89	35	22,29	1	0,64	2	1,27	3	1,91
C	65	61,90	34	32,38	1	0,95	1	0,95	4	3,81
Contractuels	17	62,96	9	33,33	0	0,00	0	0,00	1	3,70
Moyenne	63,53 %		32,81 %		0,40 %		0,55		2,70 %	

Fonction publique territoriale

	Compatibilité		Compatibilité sous réserve		Incompatibilité		Incompatibilité en l'état		Incompétence	
	2008	2009	2008	2009	2008	2009	2008	2009	2008	2009
A	39%	22,8%	47,2%	34,2%	0,8%	1,5%	0,8%	0,5%	12,2%	11,4%
B	58%	49,1%	32,2%	25,4%	1,4%	0,5%	0,7%	0,5%	7,7%	9,2%
C	60,5%	60,5%	33%	31,6%	0,2%	0%	0%	0,3%	6,3%	20,4%

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

1) Dans la fonction publique de l'Etat, une analyse de la répartition des avis par catégorie montre l'importance des avis de compatibilité, parfois assortis de réserves. La progression des avis d'incompétence, en particulier pour les contractuels et pour les agents de catégorie A, peut trouver une explication dans le choix de l'activité, les demandes émanant souvent de membres du corps enseignant qui souhaitent exercer une activité d'expertise, de consultation, d'enseignement ou de formation, toutes au nombre des activités accessoires susceptibles d'être autorisées par la seule administration gestionnaire, sans avis de la commission.

2) Dans la fonction publique hospitalière, les avis de compatibilité simple sont toujours les plus nombreux en catégorie B.

3) Pour les agents de catégorie A de la fonction publique territoriale, les avis de compatibilité sous réserve sont plus nombreux que les avis de compatibilité simple, à la différence de ce qui est constaté pour les autres catégories de personnel et les autres fonctions publiques, ce qui s'explique par un risque plus important, en raison des liens humains locaux, de relations d'affaires entre l'agent et sa collectivité territoriale.

1.5 SUITES DONNEES AUX AVIS

Très peu d'administrations, d'Etat ou territoriales, se sont acquittées de l'obligation, qui leur incombe en vertu de la réglementation, d'informer la commission de la suite donnée à l'avis de la commission. En général, la commission est informée des décisions des administrations qui choisissent, pour des motifs qui leur sont propres, de ne pas donner suite à l'avis favorable de la commission.

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

2. LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION

2.1 LA PROCEDURE SUIVIE DEVANT LA COMMISSION DE DEONTOLOGIE

2.1.1 Audition des agents

1) Les agents qui souhaitent présenter une demande d'autorisation d'activité privée sur le fondement des dispositions précitées du décret du 26 avril 2007 ou du décret du 2 mai 2007 peuvent demander à être entendus par la commission. Si celle-ci l'estime nécessaire, elle peut également convoquer les intéressés. En ce qui concerne la fonction publique de l'Etat, pour l'année 2009, 39 agents se sont trouvés dans l'un ou l'autre cas.

2) Pour la fonction publique territoriale, les représentants des collectivités, qui sont membres de la commission, se sont davantage déplacés qu'en 2008 : 64 d'entre eux l'ont fait en 2009 contre 35 en 2008. Les agents se déplacent toujours aussi rarement : 10 d'entre eux l'ont fait en 2009.

2.1.2 Avis d'incompatibilité en l'état du dossier

Si le dossier parvient à la commission dans un état incomplet, notamment parce que l'intéressé n'a pas rempli les formulaires prévus par la circulaire, le secrétariat envoie des courriers aux administrations en leur demandant de compléter le dossier et en les invitant à se conformer aux modèles.

Si le dossier reste insuffisamment renseigné, la commission, qui ne peut porter son appréciation en connaissance de cause, ne peut que prononcer un avis d'incompatibilité en l'état (avis T-2009-265 du 14 mai 2009). La commission a considéré que l'état du dossier qui lui était soumis ne lui permettait pas de connaître de façon suffisamment précise la situation statutaire du demandeur ainsi que les circonstances de l'exclusion temporaire de ses fonctions de maître-nageur dont il avait fait l'objet (avis n° T-2009-312 du 14 mai 2009).

A la suite de cet avis, l'intéressé ou son administration (l'administration seule dans le cas du cumul) peuvent saisir à nouveau et expressément la commission en présentant un dossier complété, afin que la commission se prononce, le cas échéant, après avoir procédé à l'audition de l'intéressé.

2.1.3 Irrecevabilité

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

1° La saisine n'est pas présentée par l'autorité compétente qui est celle dont relève le fonctionnaire en vertu des dispositions de l'article 3 du décret du 26 avril 2007 ;

2° Le projet de l'agent est trop imprécis ;

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

2.1.4 Délai d'instruction

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

Cependant, même lorsque ce délai n'est pas respecté, la commission accepte d'instruire le dossier.

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

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

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

2.2.1 Compétence de la commission

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

A) Quels sont les agents concernés ?

Les dispositions de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 et du décret du 26 avril 2007 sont applicables :

1° Aux fonctionnaires ;

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

3° Aux membres d'un cabinet ministériel ;

4° Aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales ;

5° Aux agents contractuels de droit public ou de droit privé des établissements mentionnés aux articles L. 1142-22, L. 1222-1, L. 1323-1, L. 1336-1, L. 1413-2, L. 1418-1 et L. 5311-1 du code de la santé publique ⁴;

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

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

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

Bien que le 1° du I de l'article 87 de cette même loi ne prévoit pas l'application du contrôle de la commission de déontologie sur la position de « congé spécial », cette dernière considère que les fonctionnaires placés en congé spécial sont soumis aux mêmes règles déontologiques que les fonctionnaires placés dans l'une des positions mentionnées au I de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (avis T 2009-771 du 15 octobre 2009).

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

Comme indiqué plus haut, la saisine obligatoire de la commission a été étendue aux membres de cabinet ministériel ainsi qu'aux collaborateurs du Président de la République, à la suite de l'intervention de la loi du 3 août 2009.

B) La notion de fonctions administratives

La commission contrôle la compatibilité de l'activité privée avec les fonctions exercées par l'agent qui présentent un caractère administratif, au cours des trois dernières années précédant le début de l'activité dans le secteur privé. Le critère tient autant à la nature de l'activité qu'à l'organisme où elle s'exerce.

Des fonctions exercées dans le secteur concurrentiel ne sont pas des fonctions administratives au sens de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993. Si, pendant cette période de trois ans, les fonctions exercées l'ont été dans le secteur concurrentiel, il n'y a pas lieu à contrôle.

Par ailleurs, des fonctions exercées pour le compte d'une organisation internationale ou européenne ne constituent pas des fonctions effectivement exercées dans l'administration au sens du A du I de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007 (en l'espèce l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord : avis n° 09.A0188 du 8 avril 2009).

De même, des fonctions exercées au sein de l'Organisation mondiale de la santé ne sont pas des fonctions exercées dans l'administration française, et n'entrent donc pas dans le champ d'application des dispositions de l'article 432-13 du code pénal, ni dans celui des dispositions de la loi du 29 janvier 1993 et du décret du 26 avril 2007 (avis n° 09.A0425 du 10 juin 2009).

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

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

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

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

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

La notion d' « entreprise privée » n'est pas définie par la législation, l'article 87 de la loi n° 93-122 précitée du 29 janvier 1993 se bornant à énoncer qu' « *est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé* »

La commission entend la notion d' « *entreprise privée* » essentiellement dans un sens économique. Elle prend en considération, au regard notamment des dispositions statutaires régissant l'entité, la nature de son activité, la répartition de son capital et son mode de financement.

b) Cette définition conduit la commission à se déclarer incompétente pour connaître des activités envisagées par des agents dans des collectivités publiques ou dans des établissements publics, y compris s'ils se situent à l'étranger, ou bien dans toute autre structure, y compris associative, ne regroupant que des personnes publiques ou ayant une activité qui ne peut être regardée comme s'exerçant dans le secteur concurrentiel.

Entrent dans ce cas d'incompétence :

- le départ dans une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, constituée entre plusieurs personnes morales de droit public pour former une centrale d'achat public (avis n° 09.1016 du 16 décembre 2009).

- le cas d'un médecin du service de protection maternelle et infantile à la retraite souhaitant exercer une fonction de coordonnateur au sein d'une association gérant un réseau de périnatalité, dès lors que cette association à but non lucratif ne peut être assimilée, eu égard à son financement majoritairement public et à son objet répondant à une mission de service public, à une entreprise privée (avis T-2009-869 du 19 septembre 2009).

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

Ainsi, la commission a considéré qu'une société d'économie mixte, dès lors qu'elle bénéficie d'une délégation de service public d'une commune et que cette dernière contrôle 80 % de son capital, ne peut être considérée comme une entreprise du secteur concurrentiel ; elle a décliné en conséquence sa compétence (Avis T-2009-1021 du 11 décembre 2009).

La commission s'est également déclarée incompétente dans le cas d'un agent qui devait exercer les fonctions de président de la « Société de gestion des participations aéronautiques (SOGÉPA) », dont le capital appartient en totalité à l'Etat, qui ne compte aucun salarié, n'a pas d'activité opérationnelle, et a pour seul objet de coordonner les prises de position de l'Etat liées à sa participation dans le groupe EADS : la commission n'a pu que constater qu'une telle société ne peut être regardée comme une entreprise intervenant dans le secteur concurrentiel (avis n° 09.A0495 du 8 juillet 2009).

La solution est la même s'agissant d'un départ dans une agence d'aménagement, de développement et d'aide aux collectivités agissant pour le seul compte des collectivités territoriales qui en sont membres et dans le cadre d'une mission de service public (avis n° T-2009-1017 du 11 décembre 2009).

Dans ces cas, la commission n'exerce aucun contrôle, l'activité envisagée étant assimilée à une activité publique.

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

C'est le cas d'un départ dans une société d'économie mixte dont l'activité, bien que s'exerçant dans un secteur concurrentiel, se situe dans le prolongement des missions de la collectivité territoriale, notamment en matière d'aménagement urbain (avis n° 09.A 0294 du 13 mai 2009, avis n° T-2009-566 du 10 septembre 2009). Dans cette hypothèse, la commission se déclare compétente. Elle a émis un avis favorable dans cette espèce.

d) Dans certains cas, l'organisme au sein duquel l'agent désire exercer une activité privée comporte plusieurs branches, qui ne se trouvent pas toutes dans le secteur concurrentiel. La commission affirme sa compétence, ou la décline, selon que l'activité privée s'exercera ou non dans le secteur concurrentiel.

Par exemple, dans le cas d'un commandant de la police nationale à la retraite qui souhaite exercer les fonctions d'inspecteur chargé d'enquêtes au sein du service de sécurité des personnes et des investigations de la direction centrale de la sécurité du pôle maîtrise des risques du commissariat à l'énergie atomique (CEA), la commission s'est déclarée incompétente : le CEA étant une entreprise publique, sa direction centrale de la sécurité, qui n'exerce pas son activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé, ne peut être assimilée à une entreprise privée (avis n° 09.A012 du 14 janvier 2009).

2) Les avis susceptibles d'être rendus par la commission en application du B du I de l'article 1er du décret du 26 avril 2007 visent toute activité lucrative, salariée ou non, dans une **entreprise mais aussi dans un organisme privé n'ayant pas le caractère d'une entreprise ainsi que toute activité libérale.**

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

La commission n'exerce pas de contrôle pénal, mais le seul contrôle dit de déontologie dans le cas d'un agent souhaitant exercer des fonctions de directeur général du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO), personne morale de droit privé exerçant une mission de service public confiée par la loi, n'intervenant pas dans le secteur concurrentiel et ne pouvant donc être regardée comme une entreprise (avis n° 09.A0238 du 8 avril 2009).

Il en est de même pour l'installation en cabinet libéral, dès lors que la commission ne considère pas qu'une telle activité libérale puisse être assimilée à celle exercée dans une entreprise privée au sens des dispositions du A de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 2007. Au titre du contrôle déontologique, la commission a retenu la réserve tendant à ce que l'intéressé, directeur des affaires juridiques d'une commune, d'une part, ne consulte ni ne plaide dans des affaires dont il a eu à connaître dans son activité publique, et, d'autre part, ne consulte ni ne plaide pour ou contre la commune dans laquelle il exerçait ses fonctions (avis T-2009-892 du 19 novembre 2009).

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

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

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

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

Que l'agent intéressé cesse ses fonctions administratives temporairement ou définitivement, l'interdiction ou la réserve s'applique pour une durée de trois ans à compter **de la cessation des fonctions** justifiant l'interdiction ou la réserve.

Il arrive que **la date de cessation des fonctions soit différente de celle du début d'exercice de l'activité privée** (par exemple, lorsqu'un agent public en retraite commence une activité privée plusieurs mois après la date de son départ à la retraite). Le terme de la période d'interdiction ou de réserve demeure néanmoins le même.

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

C'est celle mentionnée au dernier alinéa de l'article 2 du décret du 26 avril 2007 : tout nouveau changement d'activité privée pendant un délai de trois ans à compter de la cessation de fonctions est porté à la connaissance de l'administration. Au-delà, la commission décline sa compétence (avis n° 2008-453 du 10 juillet 2008).

2.2.2 La nature et les principaux critères du contrôle

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

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

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

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

- d'assurer la surveillance ou le contrôle de cette entreprise ;

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

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

Cette interdiction s'étend également, d'une part à l'entreprise qui détient au moins 30 % du capital de l'entreprise privée que l'agent veut rejoindre (« mère »), ou dont le capital est, à hauteur de 30 % au moins, détenu soit par cette entreprise (« fille »), soit par une entreprise détenant aussi 30 % au moins du capital de l'entreprise susmentionnée (« sœur »), d'autre part à une entreprise qui a conclu avec l'entreprise que l'agent souhaite rejoindre un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait.

L'actuelle rédaction, issue de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007, diffère essentiellement de la précédente sur deux points : tout d'abord, la personne doit avoir contrôlé ou surveillé l'entreprise qu'elle rejoint dans le cadre des fonctions qu'elle a « effectivement » exercées ; ensuite, un cas de figure a été ajouté parmi ceux constitutifs du délit de prise illégale d'intérêt : il s'agit de la « proposition directe à l'autorité compétente » de décisions relatives à des opérations réalisées par l'entreprise.

Au cours de l'année 2009, la commission s'est employée à confirmer ou élaborer une jurisprudence à partir de ces différents éléments.

- La notion de contrôle ou de surveillance

La commission a considéré qu'une activité de directeur général adjoint d'une société était incompatible avec les fonctions de directeur adjoint du service des collègues et de responsable technique des opérations au sein d'un conseil général, dès lors que le demandeur avait été chargé d'assurer la surveillance ou le contrôle d'opérations réalisées par une entreprise qui a soumissionné plusieurs fois dans le cadre de marchés soumis à appel d'offres par le département et qui est contrôlée en totalité par la société que le demandeur envisage de rejoindre. La circonstance que la société en cause n'ait pas encore existé à la date de ce marché demeure sans incidence : il suffit qu'elle exerce son contrôle de l'entreprise cocontractante à la date à laquelle l'intéressé la rejoint (avis T-2009-762 du 15 octobre 2009)

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

La commission a considéré qu'une activité de responsable régional du bureau d'études au sein d'une entreprise de travaux publics était incompatible avec les fonctions précédentes de responsable de l'ingénierie publique au sein d'une délégation territoriale d'une direction départementale de l'équipement et de l'agriculture : sur les huit marchés qui ont été attribués à l'entreprise pendant les trois années précédentes, l'intéressé est intervenu sur trois marchés, dont deux pour lesquels il a visé le rapport d'analyse des

offres, et un pour lequel il a signé par *interim* ce rapport : il a ainsi formulé un avis sur des contrats attribués à l'entreprise qu'il souhaitait rejoindre (avis n° 09.A0981 du 18 novembre 2009).

Elle a, en revanche, émis un avis de compatibilité assorti de réserves dans le cas d'un technicien du service d'assainissement d'un établissement public de coopération intercommunale qui souhaitait exercer les fonctions de thermicien au sein d'une entreprise de maîtrise d'oeuvre, dès lors qu'il ressortait des éléments soumis à la commission que, dans le cadre de la procédure de passation du marché conclu avec cette entreprise, l'intéressé s'était borné à établir la liste factuelle des offres reçues sans établir un ordre entre elles ou exprimer un avis sur le choix de l'adjudicataire (avis T-2009-603 du 9 septembre 2009).

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

La commission s'assure de l'absence de risque pénal en vérifiant que les personnes physiques ou morales pour lesquelles l'intéressé a pu être conduit à formuler des propositions directes à l'autorité compétente sont sans lien avec l'entreprise dans laquelle cet agent exercera son activité privée.

La commission a ainsi pu estimer qu'il y avait compatibilité entre une activité de directeur d'investissements au sein d'une société de gestion de portefeuilles collectifs d'instruments financiers et les fonctions précédentes, à la direction générale du trésor et de la politique économique, de chargé de mission auprès du sous-directeur « financement et compétitivité des entreprises », puis de celles de chef du bureau « financement et développement des entreprises » en charge, entre autres, du secrétariat général du comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI) : les entreprises dont l'intéressé a examiné le dossier ne sont pas celles avec lesquelles il aura à traiter dans le cadre de ses fonctions (avis n° 09.A0857 du 14 octobre 2009).

La commission a également émis un avis de compatibilité, sous réserve d'absence de relations professionnelles avec la commune, dans le cas d'un attaché auprès du service de l'urbanisme de cette commune, qui souhaitait exercer les fonctions de directeur d'exploitation au sein d'une société de BTP, dès lors qu'il ressortait des éléments soumis à son examen que si le demandeur avait signé une facture relative à des travaux exécutés par cette société, ces travaux s'intégraient dans un ensemble de travaux relatifs à la médiathèque municipale dont une autre entreprise assurait la maîtrise d'oeuvre (avis T-2009-773 du 15 octobre 2009)

Elle a en revanche considéré qu'il y avait incompatibilité entre une activité de chef de projet au sein d'une société exerçant dans le domaine des transports urbains et ferroviaires et les fonctions précédentes de secrétaire général d'un établissement public de coopération entre plusieurs communautés d'agglomération : en effet, l'intéressé a été chargé de mener à bien la passation d'un marché d'études et de définition, de sélectionner les candidats à l'attribution de ce marché et d'analyser leurs offres afin de proposer à

l'autorité compétente le choix du cocontractant, et en l'occurrence, le syndicat mixte a retenu, sur la proposition de l'intéressé, l'offre présentée par la société qu'il souhaite rejoindre (avis n° 09.A0298 du 13 mai 2009).

2) Le respect des critères déontologiques

- La notion de dignité des fonctions administratives

Ce critère trouve assez rarement à s'appliquer.

La commission a estimé qu'il n'y avait pas d'atteinte à la dignité des fonctions exercées dans le cas d'un gardien de la paix qui, placé en disponibilité, souhaite pratiquer l'hypnose ericksonienne dans le domaine de la thérapie, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de tout acte constituant l'exercice illégal de la médecine réprimé par l'article L. 4161-1 du code de la santé publique (avis n° 09.A0482 du 8 juillet 2009, à rapprocher de l'avis 09.A0490 du même jour, pour un cumul).

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

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

Dans certains cas, ce risque n'existe pas. Il en est ainsi, par exemple, lorsque les attributions précédentes revêtent un caractère transversal ou fonctionnel : la commission a ainsi pu estimer qu'il y avait compatibilité entre une activité de conseiller spécial pour l'Europe d'un fonds d'investissement, société de droit étranger, et les fonctions précédentes d'ambassadeur de France à Londres puis celles de secrétaire général du ministère des affaires étrangères et européennes (avis n° 09.A0290 du 13 mai 2009).

La proximité avec les précédentes attributions peut toutefois, dans certains cas, ne pas constituer un risque pour le bon fonctionnement du service public, voire peut le servir. La commission considère que l'activité de directeur scientifique d'une société ayant pour objet de développer un procédé dans le domaine de l'aide au diagnostic du cancer par des outils non invasifs, et qui bénéficiera pour ce faire d'un contrat de licence exclusive avec l'organisme public au sein duquel l'intéressé exerçait ses fonctions, est compatible avec lesdites fonctions, qui sont à la source d'une découverte qui ne peut être développée qu'avec des moyens financiers réunis dans le cadre d'une entreprise privée et le concours d'un chercheur (avis n° 09.A0957 du 18 novembre 2009).

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

Pour éviter également que la situation puisse donner à penser que l'agent a profité de ses fonctions administratives pour se créer une clientèle qu'il exploitera ensuite à titre privé, il peut lui être demandé de ne pas avoir de relations professionnelles avec des personnes physiques ou morales avec lesquelles il a pu être en relations dans ses fonctions, ou bien d'intervenir en leur faveur auprès de son administration d'origine. Les réserves portent également sur les affaires ou les dossiers dont l'agent a pu avoir à connaître dans ses fonctions.

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

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

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

(...)

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

La commission a eu, au cours de l'année 2009, l'occasion d'appliquer ce texte, dans le cas d'un agent mis à disposition pour exercer une fonction de direction dans une entreprise.

Elle a ainsi considéré qu'il y avait compatibilité entre l'activité de directeur scientifique et technique d'une société éditant des logiciels et liée à l'administration d'origine de l'agent par un contrat, et les fonctions administratives exercées antérieurement par celui-ci, sous réserve que la position statutaire de l'intéressé et sa participation au capital social de la société ne méconnaissent pas les dispositions du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983.

Au regard des obligations prévues par ces dispositions, la position de mise à disposition (prévue par l'article 244 du décret n° 83-1260 du 30 décembre 1983), qui

est une position d'activité, est incompatible avec une participation de l'intéressé à hauteur de 25 % du capital social de la société, participation qui, compte tenu de son caractère substantiel, est de nature à compromettre son indépendance. Toutefois, si l'intéressé est placé en position de disponibilité (prévue par l'article 245 du même décret) ou en position de détachement (prévue par l'article 243 du même décret), les dispositions du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 précitée ne font pas obstacle à ce qu'il conserve une participation à hauteur de 25 % du capital social de la société au sein de laquelle il exerce une activité privée (avis n° 09.A0871 du 14 octobre 2009).

2.2.3 Exemples

1) Les principales catégories d'agents

Les policiers, les agents du ministère de l'écologie et du ministère de l'agriculture, les membres d'un cabinet ministériel constituent les trois principales catégories d'agents ayant fait l'objet en 2009 d'avis de la commission, en général de compatibilité avec réserves, eu égard à la nature des fonctions publiques exercées.

Les policiers

La commission émet des réserves, adaptées au contenu du poste antérieur de l'agent, du niveau de ses responsabilités et de l'étendue de la zone où il exerçait ses fonctions.

Une grande partie de ces agents souhaitent exercer, après la cessation de leurs fonctions, une activité libérale d'agent privé de recherche, dans la plupart des cas dans le secteur où ils ont exercé leurs fonctions. Il peut donc y avoir lieu à réserves à la fois à l'égard de l'ancien service, mais aussi sur le plan géographique.

Une telle activité est compatible avec les fonctions antérieures de chef de la brigade motocycliste à la direction départementale de la sécurité publique d'une collectivité, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle, à son initiative, avec la circonscription de sécurité publique correspondant aux communes où il exercera son activité privée (avis n° 09.A0052 du 11 février 2009).

De même, il y a compatibilité entre une activité d'agent privé de recherche et les fonctions précédentes, accomplies auprès de la direction de la surveillance du territoire (DST) puis de la direction centrale du renseignement intérieur (DCRI), en administration centrale et également dans la zone géographique (Caraïbes) où s'exercera l'activité privée future, notamment en qualité d'officier de renseignement chargé de missions de contre espionnage et de contre terrorisme, sous réserve :

a) que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle à son initiative avec les services de l'administration centrale de la DCRI et avec les services de la DCRI

compétents à l'égard de la zone géographique où il exercera son activité d'agent privé de recherche ;

b) que ses activités exercées au titre de la réserve civile sur la même période ne soient pas accomplies sur un poste lui donnant accès aux fichiers de la police (voir indication plus haut sur la prise en compte de la réserve - avis n° 09.A0967 du 18 novembre 2009).

Il y a enfin compatibilité entre une activité d'agent privé de recherches à titre libéral dans les départements des Alpes-de-Haute-Provence, des Hautes-Alpes, de la Corse, du Var et du Vaucluse, et les fonctions antérieures d'adjoint au chef de la division économique et financière à l'antenne de la police judiciaire de Nice (Alpes-Maritimes), sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute activité dans le département des Alpes-Maritimes : la réserve est étendue, compte tenu des responsabilités hiérarchiques de l'intéressé et du secteur où il était affecté (avis n° 10.A0089 du 13 janvier 2010).

La commission peut, dans son avis, demander, lorsqu'un policier exerce, après la retraite, une activité privée dans le domaine de la sécurité, que celui-ci ne fasse pas état de sa qualité antérieure de fonctionnaire de police, conformément à l'article 27 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité.

La commission a ainsi pu estimer qu'une activité de collaborateur en matière réglementaire au sein des services d'une société de transport aérien implantés sur un aéroport était compatible avec les fonctions antérieures d'adjoint au chef d'état-major de la direction de la police aux frontières de ce même aéroport, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de faire état de sa qualité antérieure de fonctionnaire de police notamment dans ses démarches administratives (avis n° 09.A0056 du 11 février 2009)

La commission s'attache à tenir compte du cas des officiers de police réservistes, c'est-à-dire les fonctionnaires retraités qui peuvent accomplir des périodes, dans les services de police, au titre de la réserve civile.

Elle considère ainsi qu'une activité d'agent privé de recherche est compatible avec les fonctions précédentes d'officier de police judiciaire à la division économique et financière d'un service régional de police judiciaire (SRPJ), sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle, à son initiative, avec la division économique et financière du SRPJ, et que ses activités exercées au titre de la réserve civile sur la même période ne soient pas accomplies sur un poste lui donnant accès aux fichiers de la police (avis n° 09.A0847 du 14 octobre 2009).

Les agents des ministères de l'écologie et de l'agriculture

Le cas particulier des agents concernés par la disparition progressive de l'ingénierie publique concurrentielle est examiné infra.

Il y a, pour la commission, compatibilité entre la création d'une entreprise unipersonnelle dans le secteur d'activité de la signalisation routière et les fonctions précédentes de contrôleur des travaux publics de l'Etat au sein d'une direction départementale de l'équipement (DDE) en charge de l'assistance technique fournie par l'Etat pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire (ATESAT) dans trois communautés de communes, puis de chef d'exploitation du service parc, en charge, pour les routes départementales gérées par le conseil général du même département, de la gestion et du contrôle des travaux d'exploitation du parc, de la planification, de la gestion des équipes et de veiller au respect des consignes de sécurité des chantiers, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les services de l'Etat et du conseil général (avis n° 09.A0009 du 14 janvier 2009).

La compatibilité est également admise entre une activité de chargé d'études au sein d'un bureau d'études et de maîtrise d'œuvre spécialisé en aménagement de domaines skiables et en construction de remontées mécaniques, et les fonctions précédentes de chargé d'études pour le compte des collectivités locales, dans le domaine des remontées mécaniques et de l'aménagement du domaine skiable en maîtrise d'œuvre et assistance à maîtrise d'ouvrage, au sein du service ingénierie d'une DDE, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec le service d'ingénierie de la DDE pendant une période de trois ans (avis n° 09.A0727 du 9 septembre 2009).

La commission estime enfin qu'une activité de consultant-formateur en développement durable au sein d'une société de conseil et de formation est compatible avec les fonctions précédentes de chargé de mission « police de l'eau » puis de chargé de mission « développement durable » au sein du service urbanisme, habitat et environnement d'une DDE, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle, d'une part, avec le service urbanisme, habitat, environnement de la DDE ainsi que les collectivités territoriales du département avec lesquelles il a participé à l'élaboration de dossiers d'appui territorial, d'autre part, avec les collectivités publiques et les entreprises ayant fait l'objet de contrôle et de surveillance à raison de ses missions de police de l'eau dans le département (avis n° 09.A0293 du 13 mai 2009).

Plusieurs agents du ministère de l'écologie ont quitté en 2009 un laboratoire régional des ponts et chaussées pour exercer une activité privée. La commission a en particulier eu à se prononcer sur trois situations.

Dans le premier cas, elle a considéré qu'une activité de chef de secteur laboratoire de l'antenne d'Ile-de-France au sein d'une société dont l'objet est l'ingénierie routière, l'étude, la conception, la réalisation, le contrôle, l'analyse de matériaux utilisés en travaux routiers, de voiries, de réseaux divers et de génie civil, était compatible avec les fonctions précédentes de chef de section de l'Unité Technique de l'Essonne (UTE) au sein du Laboratoire régional de l'équipement de l'Ouest parisien (LROP) de la Direction régionale de l'équipement d'Ile-de-France, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec l'UTE du LROP, ainsi qu'avec le conseil général de l'Essonne et le district Sud de la direction départementale des routes Ile-de-France (avis n° 09.A0155 du 11 mars 2009).

Dans le second cas, la commission a prononcé un avis de compatibilité entre une activité de consultant au sein d'une société dont l'objet est l'ingénierie routière et les fonctions précédentes de chef de groupe, chargé du système d'information et application des métiers et de l'exploitation de données routières, au sein du LROP de la Direction régionale de l'équipement d'Ile-de-France, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec le LROP, ainsi qu'avec les collectivités locales avec lesquelles il a travaillé dans le cadre de ses fonctions administratives, notamment la ville de Paris et le conseil général des Hauts-de-Seine, durant les trois années précédant le début d'exercice de son activité privée (avis n° 09.A0156 du 11 mars 2009).

Dans le troisième cas, la commission a estimé qu'il y avait compatibilité entre une activité de chef de projet chaussées au sein d'une société qui gère des infrastructures autoroutières et les fonctions précédentes de chargé d'affaires et de contrôles au sein d'un laboratoire régional des ponts et chaussées, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec ce laboratoire (avis n° 09.A0296 du 13 mai 2009).

Les membres d'un cabinet ministériel et les collaborateurs du président de la République

Au cours de l'année 2009, avant comme après l'intervention de la loi du 3 août 2009 qui a rendu obligatoire la saisine de la commission de déontologie pour les membres d'un cabinet ministériel et les collaborateurs du président de la République, celle-ci a eu à examiner de nombreuses demandes émanant de ces personnels. La commission demande systématiquement la production d'une attestation par laquelle soit le ministre, s'il s'agit du directeur de cabinet, soit le directeur de cabinet s'il s'agit d'un conseiller, certifie que le départ de l'intéressé n'entre pas dans le champ des dispositions du code pénal compte tenu des fonctions qu'il a effectivement exercées. On soulignera d'ailleurs que l'existence de cette attestation ne dispense pas le rapporteur de la commission d'effectuer les vérifications qu'il estime opportune. En outre, la commission s'est attachée à prévenir tout risque d'atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service, en émettant des réserves tendant à ce que l'intéressé s'abstienne, après avoir quitté ses fonctions publiques, de toute relation professionnelle avec les membres du cabinet qu'il avait pu connaître.

C'est ainsi que la commission a considéré qu'il y avait compatibilité entre une activité de directeur général délégué, directeur financier, au sein d'un établissement public qui exerce une partie de ses missions dans le secteur concurrentiel et les fonctions précédentes de conseiller auprès de la Présidence de la République, chargé de traiter les questions de macroéconomie ayant trait à la fiscalité et aux finances publiques, puis à la conjoncture économique, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation

professionnelle avec les membres du secrétariat général de la Présidence de la République qui exerçaient leurs fonctions au moment où il était lui-même en poste (avis n° 09.A0427 du 10 juin 2009).

De même, il y a compatibilité entre une activité de chargé d'affaires au sein d'une société qui a notamment pour objet l'achat, la gestion, la vente de tous titres ou droits sociaux et les fonctions précédentes de conseiller technique au cabinet du ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, chargé plus particulièrement du suivi des budgets de la défense, de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'économie, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les membres du cabinet de ce ministre qui y exerçaient leurs fonctions au moment où lui-même y était affecté (avis n° 09.A0273 du 13 mai 2009).

L'analyse de la commission s'appuie à la fois sur le contenu du dossier, les échanges entre le rapporteur et l'agent, et les informations que celui-ci apporte directement à la commission : en effet, les membres d'un cabinet ministériel et les collaborateurs du président de la République sont systématiquement convoqués devant la commission de déontologie.

La commission indique, dans son avis, les raisons qui la conduisent à écarter, le cas échéant, le risque pénal : elle motive ainsi son avis de compatibilité entre une activité de directeur général délégué chargé des affaires internationales au sein d'une société de télécommunications et les fonctions précédentes de directeur de cabinet du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, en indiquant qu'il résulte de l'instruction que l'intéressé n'a eu à prendre, compte tenu de l'organisation du cabinet, aucune décision concernant l'entreprise qu'il souhaitait rejoindre et qu'il n'est notamment pas intervenu dans la cession par l'Etat en 2007 de 2% de sa participation dans cette société, alors en outre qu'au sein du ministère les affaires relatives au secteur postal et aux communications électroniques relevaient de la compétence du secrétaire d'Etat chargé de l'industrie et de la consommation. Une réserve, tendant à ce que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec le cabinet du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi qu'il a dirigé et celui du secrétaire d'Etat délégué auprès du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, chargé de l'industrie et de la consommation, est par ailleurs émise par la commission (avis n° 09.A0264 du 13 mai 2009).

La commission a également émis un avis de compatibilité entre une activité de directeur de la stratégie au sein d'une entreprise exerçant son activité dans le domaine de l'aéronautique et les fonctions précédentes de conseiller technique au sein du secrétariat général de la présidence de la République, dès lors que, aux termes notamment d'une note produite par le Secrétaire général de la présidence de la République, la question de la gouvernance de la société mère de cette entreprise a été traitée par d'autres collaborateurs du cabinet ; l'avis de compatibilité est toutefois assorti d'une réserve, tendant à ce que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle, à son initiative, avec les membres du secrétariat général de la présidence de la République qui

appartenaient déjà à celui-ci lorsqu'il y était effectivement affecté (avis n° 09.A1024 du 16 décembre 2009).

La commission considère comme compatible l'activité de président-directeur général d'une société dont l'objet sera de favoriser l'implantation ou le développement d'activités susceptibles de créer ou de consolider des emplois stables, en particulier par des prises de participation, des souscriptions d'obligations ordinaires ou convertibles, des prêts portant intérêt, notamment dans les secteurs économiques ou les régions affectées par les restructurations de défense, et les fonctions précédentes de directeur de cabinet du ministre de la défense : cette société n'exerce plus d'activité depuis plusieurs années et est devenue filiale à 100 % de l'Etat à la suite d'une opération menée exclusivement par l'Agence des participations de l'Etat (avis n° 09.A0289 du 13 mai 2009).

La commission considère également comme compatible une activité de directeur opérationnel territorial du courrier au sein de l'établissement public La Poste, dont l'activité s'exerce dans le secteur concurrentiel, et les fonctions précédentes de conseiller au sein du cabinet du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, chargé notamment du tourisme, puis celles de conseiller au sein du cabinet du secrétaire d'Etat chargé de l'industrie et de la consommation, en charge des questions ayant trait aux filières industrielles, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle, à son initiative, d'une part avec les membres du cabinet de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi qui appartenaient déjà à celui-ci lorsque l'intéressé y était effectivement en fonction, d'autre part avec les membres du cabinet du secrétaire d'Etat chargé de l'industrie et de la consommation, qui appartenaient déjà à celui-ci lorsqu'il y était effectivement en fonction : la durée des réserves est calculée à partir de la cessation des fonctions au sein de chacun des deux cabinets (avis n° 09.A0508 du 8 juillet 2009).

Une activité de directeur chargé de mission auprès du directeur général au sein d'une société de grande distribution est compatible avec les fonctions antérieures exercées en qualité de conseiller au cabinet de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, d'abord dans le domaine des filières industrielles, puis dans celui de la politique industrielle, de la politique de l'emploi et de participations de l'Etat, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle à son initiative avec les membres du cabinet de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi qui appartenaient déjà à celui-ci lorsqu'il y était en fonction (avis n° 09.A0509 du 8 juillet 2009).

De même, une activité de directeur du plan au sein d'une entreprise qui a pour objet la conception, la production et la distribution de matériaux de construction est compatible avec les fonctions antérieures de conseiller technique chargé de l'énergie, de la politique industrielle et de la sûreté nucléaire au cabinet du Premier ministre, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle à son initiative avec les membres du cabinet du Premier ministre qui appartenaient à ce cabinet lorsqu'il y était en fonction (avis n° 09.A0515 du 8 juillet 2009).

Sous la même réserve, il y a aussi compatibilité entre une activité de directeur de missions auprès du directeur adjoint de la branche énergie France d'un grand groupe énergétique, et les fonctions antérieures de conseiller technique au cabinet du ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, en charge des questions réglementaires liées aux risques naturels et technologiques, (avis n° 09.A0700 du 9 septembre 2009).

2) *Les autres agents*

Les agents des douanes (ministère chargé du budget)

La commission considère qu'il y a compatibilité entre la création d'une entreprise ayant notamment pour objet d'apporter un conseil aux entreprises désirant acquérir le statut d'opérateur économique agréé en vue de leur faciliter l'accomplissement des formalités douanières, et les fonctions antérieures de receveur principal des douanes puis d'adjoint au receveur régional des douanes de la région où se situe le siège de l'entreprise, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les services des douanes de la région ainsi qu'avec les personnes physiques ou morales dont il a eu à connaître la situation douanière au cours des trois années qui précèdent le début d'exercice de son activité privée (avis n° 09.A0506 du 8 juillet 2009).

Il y a de même compatibilité entre une activité libérale de conseil, d'expertise et formation dans les domaines liés à la création et à la gestion des débits de boissons et les fonctions précédentes de chef du pôle des contributions indirectes du centre régional de dédouanement compétent pour le département où s'exercera l'activité privée et où l'intéressé était chargé de l'organisation et du suivi des contrôles et des enquêtes, du suivi du contentieux, des questions de réglementation et des réponses aux demandes de renseignements, notamment en matière de débits de boissons, sous la double réserve que l'intéressé s'abstienne, d'une part, de toute relation professionnelle avec le pôle des contributions indirectes du centre régional de dédouanement, ainsi qu'avec les personnes dont il a eu à connaître la situation en matière de contributions indirectes au cours des trois années précédentes et, d'autre part, de délivrer des prestations de conseils pour la présentation de dossiers relatifs à l'octroi ou au transfert de débits de boisson dans le département où s'exercera l'activité privée (avis n° 09.A0975 du 18 novembre 2009).

Les autres agents des ministères économiques et financiers⁵

Il y a compatibilité entre une activité de collaborateur chez un administrateur de biens et syndic de copropriétés et les fonctions précédentes au pôle contrôle et expertise de la ville où se trouve le siège social de cet administrateur de biens, à la direction des services fiscaux (DSF) du département où s'exercera l'activité privée, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec le pôle contrôle et expertise de

⁵ Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ; ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat.

la DSF ainsi qu'avec les contribuables dont il a eu à connaître la situation fiscale dans le cadre de ses fonctions administratives depuis qu'il se trouve à la DSF (avis n° 09.A0288 du 13 mai 2009).

Les agents du ministère du travail

La commission considère qu'il y a compatibilité entre une activité d'avocat et les fonctions antérieures de directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP), l'activité passée et présente s'exerçant dans le même département, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec la direction à la tête de laquelle il se trouvait et d'intervenir pour le compte de personnes physiques ou morales sur la situation desquelles il s'est prononcé dans le cadre de ses anciennes fonctions pendant les trois années qui précèdent le début de son activité privée (avis n° 09.A0723 du 9 septembre 2009).

Elle considère également comme compatible la création d'une activité privée de conseil en affaires et en gestion, notamment en ce qui concerne l'emploi des seniors, et les fonctions antérieures de directeur du pôle Travail au sein d'une direction régionale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les entreprises dont il a eu à connaître le dossier pendant les trois années qui ont précédé le début d'exercice de son activité privée (avis n° 09.A1012 du 16 décembre 2009).

Les agents du ministère de la justice

La commission considère comme compatible l'activité d'avocat au sein d'un cabinet d'avocats avec les fonctions précédentes de directeur adjoint d'une maison d'arrêt située dans le même département que le cabinet d'avocats puis de directeur adjoint au département de sécurité et de détention de la direction interrégionale des services pénitentiaires compétente pour ce département, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de traiter d'affaires de personnes dont il aurait eu à connaître le dossier pénal à la maison d'arrêt et à la direction interrégionale au cours des trois années précédant sa cessation de fonctions (avis n° 09.A0012 du 14 janvier 2009).

Il y a de même compatibilité entre une activité indépendante d'avocat et les fonctions précédentes d'assistant de vérification auprès de magistrats affectés à la chambre régionale des comptes de la région dans laquelle s'exercera cette activité, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les collectivités territoriales et les établissements publics locaux dont il a eu à vérifier les comptes et de toute intervention, de tout conseil, en contentieux, précontentieux, transaction, médiation ou recours divers, à l'encontre des collectivités concernées (avis n° 09.A0435 du 10 juin 2009).

Ce n'est qu'en assortissant son avis d'une double réserve que la commission a rendu un avis de compatibilité entre une activité d'avocat et les fonctions précédentes de greffier en chef au sein du conseil des prud'hommes situé dans le ressort du barreau sur le tableau duquel l'intéressé est inscrit : celui-ci ne pourra exercer cette activité que sous réserve qu'il s'abstienne de toute activité professionnelle devant le conseil des

prud'hommes et de toute diligence juridictionnelle (appel et cassation) et non juridictionnelle pour les dossiers dont il a eu à connaître dans l'exercice de ses fonctions, au cours des trois années suivant la date à laquelle il aura effectivement cessé ses fonctions de greffier en chef auprès de cette juridiction (avis n° 09.A0963 du 18 novembre 2009).

Les agents de la Délégation générale pour l'armement (DGA, ministère de la défense)

La commission considère qu'il y a compatibilité entre une activité de directeur de production au sein d'une société qui conçoit et fabrique des équipements aéronautiques et les fonctions précédentes de chef de la division « soutien aéronautique » au sein d'un atelier industriel aéronautique de la DGA, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation avec la division « soutien aéronautique » de cet atelier (avis n° 09.A0143 du 11 mars 2009).

Il y a de même compatibilité entre une activité de contrôleur de gestion opérationnelle de l'atelier de fabrication des structures d'hélicoptères au sein d'une société de fabrication de tels engins et les fonctions précédentes d'enquêteur de prix au sein du service centralisé des achats de la direction des systèmes d'armes de la DGA ; certes, l'intéressé, à ce titre, a été amené à déterminer le coût de revient de marchés passés par le ministère de la défense avec une société dont le capital est détenu à hauteur de 30 % par une société qui détient également 30 % du capital de la société que l'intéressé rejoint ; cependant, dans cette mission, l'intéressé s'est borné à constater des coûts et n'a eu aucun pouvoir de décision ou d'appréciation ; il y a donc compatibilité entre les fonctions administratives antérieures et l'activité privée future, avec toutefois une réserve, l'intéressé devant s'abstenir de toute relation professionnelle, à son initiative, avec le service centralisé des achats de la direction des systèmes d'armes de la DGA (avis n° 09.A0144 du 11 mars 2009).

Les autres agents civils du ministère de la défense ou des établissements sous tutelle

La commission a rendu un avis de compatibilité entre une activité indépendante de rédaction d'ouvrages nautiques et les fonctions précédentes d'ingénieur d'étude et de traitement des informations nautiques au sein du département informations et ouvrages nautiques du Service hydrographique et océanographique de la marine (SHOM), où l'intéressé a été chargé de la rédaction d'ouvrages nautiques, sous réserve que ce dernier s'abstienne de prendre l'initiative de toute relation professionnelle avec le département informations et ouvrages nautiques du SHOM (avis n° 09.A0439 du 10 juin 2009).

Les agents du ministère de la culture ou des établissements sous tutelle

La commission considère qu'il y a compatibilité entre une activité d'archéologue-directeur au sein d'une société qui a pour objet la réalisation de fouilles préventives sur le littoral et les fonctions antérieures de chargé d'opérations et de recherche à la base archéologique de Carquefou (Loire-Atlantique), relevant de la direction interrégionale Grand-Ouest de l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP), établissement public administratif, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle à son initiative, d'une part avec la direction interrégionale Grand-Ouest de l'INRAP, d'autre part avec la ville dans laquelle se trouve le siège de la société, notamment dans le cadre de marchés publics (avis n° 09.A0513 du 8 juillet 2009).

De même, il y a compatibilité entre une activité privée libérale de conservation et restauration de mobilier et les fonctions antérieures de technicien d'art au Centre de Recherche et de Restauration des Musées de France, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, d'une part, de toute relation professionnelle avec les conservateurs des musées de France avec lesquels il a travaillé pendant les trois années précédant son départ, d'autre part, de toute relation professionnelle, à son initiative, avec le Centre de Recherche et de Restauration des Musées de France. Cette double réserve n'empêche pas ce professionnel de participer à des appels d'offres (avis n° 09.A0701 du 9 septembre 2009).

Enfin la commission estime qu'il y a compatibilité entre une activité libérale d'architecte du patrimoine et les fonctions précédentes d'architecte des bâtiments de France, chef du service départemental de l'architecture et du patrimoine (SDAP) d'un département situé dans la même région que celle où l'intéressé exercera son activité privée, sous la triple réserve que cet agent s'abstienne de toute relation professionnelle avec le SDAP, d'intervenir sur des dossiers dont il a eu à connaître durant les trois années précédentes dans le cadre de ses fonctions dans ce service et de traiter avec les personnes dont il a eu à connaître le dossier durant les trois années précédentes dans le cadre de ses fonctions dans ce service (avis n° 09.A0962 du 18 novembre 2009).

*
* *

Les cas d'avis d'incompatibilité, prononcés sur le fondement d'une atteinte à la neutralité, à l'indépendance ou au fonctionnement normal du service, sont rares.

La commission a cependant eu l'occasion de se prononcer, dans un sens défavorable, sur le cas de deux agents qui désiraient exercer une activité de gérant d'une société dont l'objet est l'assistance, l'audit et le conseil aux collectivités et qui est située

en Guadeloupe, alors qu'ils occupaient antérieurement les fonctions de magistrat à la chambre régionale des comptes de Guadeloupe-Guyane-Martinique. En effet, ces agents ont participé, en qualité de membres de la section unique de la chambre régionale des comptes de Guadeloupe-Guyane-Martinique, au contrôle budgétaire et financier des collectivités territoriales de ces départements ; dans ces conditions, l'exercice de fonctions de conseil auprès de ces collectivités et de leurs établissements serait de nature à porter atteinte à la dignité des fonctions qu'ils exercent dans l'administration ou à risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service dans lequel ils étaient employés, et ce pendant trois ans après la cessation de leurs fonctions (avis n° 09.A0716 et n° 09.A0717 du 9 septembre 2009).

L'administration dont relève l'agent est liée par un avis d'incompatibilité rendu par la commission (article 87-VI de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993). La possibilité pour la commission d'émettre un avis d'incompatibilité en ce qui concerne les membres d'un cabinet ministériel et les collaborateurs du président de la République est désormais expressément prévue par la loi.

Cet avis peut faire l'objet d'un recours gracieux devant la commission : l'avis d'incompatibilité de la commission a le caractère d'une décision faisant grief susceptible d'être déférée devant le juge administratif. Le recours gracieux contre cette décision dont est saisie la commission, doit être examiné par elle.

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

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

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

A) Quels sont les agents et les cas visés ?

En ce qui concerne le cumul d'activités, en vertu des dispositions du 1° du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 modifiée et du chapitre II du décret du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités, les agents concernés sont le fonctionnaire, l'agent non titulaire de droit public ou l'ouvrier des établissements industriels de l'Etat qui souhaite cumuler son activité administrative avec la création ou la reprise d'une entreprise.

Cette dérogation, que constitue le cumul d'activités, est ouverte, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 août 2009, pendant une durée maximale de deux ans à compter de la création ou de la reprise de l'entreprise, et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an, sans nouvel avis de la commission de déontologie si l'activité privée n'a pas changé.

En vertu des dispositions du 2° du II du même article 25, la commission est également compétente pour connaître du cas du dirigeant d'une société ou d'une association ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b) du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts (c'est-à-dire notamment une association à gestion désintéressée), qui est reçu à un concours de la fonction publique ou est recruté en qualité d'agent non titulaire de droit public, et qui peut demander à continuer d'exercer son activité privée.

Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale d'un an à compter de la création ou de la reprise de l'entreprise, ou à compter du recrutement de l'intéressé, et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an.

La commission est encore rarement saisie de déclarations de poursuite d'activité dans une entreprise, en qualité de dirigeant, après l'entrée dans la fonction publique : ce fut le cas pour une quinzaine d'agents en 2009.

La commission a ainsi considéré comme compatible la poursuite d'une activité de dirigeant d'une société qui a pour objet notamment la gestion du patrimoine culturel, la conservation, la restauration de biens culturels, le conseil, la formation aux métiers d'art, l'entretien et la vente accessoire au patrimoine culturel, avec les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, de chef de travaux d'art, spécialisé en minéraux et métaux, au sein du centre de restauration et recherche des musées de France, sous réserve toutefois que, pendant la durée du cumul d'activités, l'entreprise de l'intéressé s'abstienne de toute démarche de nature commerciale auprès du centre de restauration et recherche des musées de France (avis n° 09.A0475 du 8 juillet 2009).

De même, un agent contractuel recruté par la Caisse des dépôts et consignations (CDC) en qualité de responsable des affaires publiques européennes au bureau de représentation de la CDC auprès des institutions européennes peut poursuivre l'activité de dirigeant d'une société dont l'objet est l'information sur les politiques européennes en France, sous réserve que l'intéressé s'abstienne d'utiliser des informations non publiques pour le compte de la société qu'il dirige (avis n° 09.A0068 du 11 février 2009).

Mais si la commission est compétente dans le cas d'un agent qui continue de diriger une entreprise lorsqu'il est entré dans l'administration (*cf.* II de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et chapitre II du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007), elle ne l'est pas lorsque l'agent qui entre dans l'administration déclare cesser toute activité privée lucrative (avis n° 09.A0728 du 9 septembre 2009).

Les agents qui entrent dans l'administration peuvent non seulement poursuivre leur activité de dirigeant d'entreprise, comme le prévoit expressément la loi (*cf.* II de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), mais aussi, à la condition que l'objet de cette entreprise corresponde à l'une des activités accessoires mentionnées à l'article 2 du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007, bénéficier du régime de

cumul pour l'exercice d'une activité accessoire soumis à la seule autorisation de l'administration, sans saisine de la commission de déontologie (avis n° 10.A0050 du 13 janvier 2010).

Enfin, aux termes de la loi, l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée « de plein droit » à l'agent qui crée ou reprend une entreprise. Il arrive que l'administration, lorsqu'elle porte une appréciation sur le cumul d'activités de l'agent, dans le formulaire transmis à la commission, émette un avis défavorable à ce cumul en estimant que le temps de travail de cet agent sera insuffisant au regard des nécessités du service. Mais, les critères sur le fondement desquels se prononce la commission sont de nature déontologique, sans relation directe avec les besoins du service. Il appartient à l'administration d'apprécier si ceux-ci doivent la conduire à ne pas donner suite à la demande de l'agent.

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

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

La commission a par ailleurs considéré qu'un agent en disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans pouvait exercer une activité privée dès lorsqu'il s'agissait d'une activité accessoire au sens de l'article 2 du décret du 2 mai 2007, en l'occurrence l'activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale (avis T.2009-226 du 9 avril 2009)

Il n'est pas indispensable que l'agent exerce ses fonctions dans l'administration au moment où il demande le cumul : la commission s'est ainsi déclarée compétente pour examiner la déclaration de cumul d'activités d'un fonctionnaire détaché à temps plein en qualité de délégué auprès d'un syndicat professionnel (avis n° 09.A0842 du 14 octobre 2010).

B) Le champ de compétence de la commission

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

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

B.1 – La commission n'est pas compétente lorsque le cumul est interdit par la loi

La commission a eu l'occasion de rappeler qu'il est interdit à un fonctionnaire de participer aux organes de direction de sociétés en vertu de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 et qu'il est ainsi interdit aux fonctionnaires de retour de disponibilité de « poursuivre » l'activité de dirigeant d'entreprise qu'ils ont pu exercer.

La commission n'est donc pas compétente pour se prononcer sur la déclaration de cumul d'activités d'un conseiller des affaires étrangères qui, de retour de disponibilité, souhaite conserver la gérance non rémunérée de deux entreprises qu'il a créées pendant cette période : la dérogation prévue au II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, pour permettre la poursuite d'une activité de dirigeant d'entreprise, n'est ouverte qu'à compter du recrutement de l'intéressé, pour une période d'un an (aujourd'hui deux ans), renouvelable une fois ; la situation d'un fonctionnaire, demeuré dans une position statutaire et réintégré après une disponibilité n'entre pas dans les prévisions de ces dispositions. L'activité de gérance, exercée en infraction par rapport aux dispositions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, ne peut être régularisée par les dispositions relatives au cumul d'activités ; il appartient au seul ministère des affaires étrangères de prendre les mesures propres à faire respecter la loi (avis n° 09.A0121 du 11 mars 2009).

La commission n'est pas non plus compétente dans le cas d'un professeur de lycée professionnel qui déclare poursuivre une activité privée de négociant en philatélie : l'intéressé ne saurait se prévaloir des dispositions relatives au cumul pour poursuite d'activité dans une entreprise, applicable aux agents qui entrent dans l'administration, pour une période de deux ans renouvelable un an, et non à ceux qui y exercent déjà leurs fonctions, ce qui est son cas ; il tombe par conséquent sous le coup de l'interdiction faite aux fonctionnaires d'exercer une activité privée lucrative mentionnée par le I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 ci-dessus mentionnée, et il appartient au ministre de l'éducation nationale de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser cette situation (avis n° 09.A0736 du 9 septembre 2009).

La commission n'est pas non plus compétente dans le cas d'un professeur agrégé qui désire exercer l'activité de gérant non rémunéré d'une société déjà créée : en effet, l'exercice d'une activité de mandataire social dans une entreprise déjà créée n'entre pas dans le champ des dispositions du décret du 2 mai 2007 (avis n° 08.A0028 du 14 janvier 2008). De même, la commission n'est pas compétente lorsque l'agent envisage, dans le cadre du cumul, la poursuite d'une activité privée qu'il a déjà créée, cette demande ne portant ni sur la création ni sur la reprise d'une entreprise (avis n° T- 2009-582 du 9 septembre 2009).

Pour bénéficier du dispositif de cumul pour création d'entreprise, l'agent concerné doit avoir la qualité de gérant ou de co-gérant, et non de simple salarié d'une entreprise (avis n° 09.A0198 et n° 09.A0248 du 8 avril 2009) ou d'une association.

Ne relèvent donc pas de ces dispositions un agent qui projette de travailler pour une entreprise dont son père est le gérant (avis T-2009-1005 du 11 décembre 2009) ou qui entend concourir à la reprise d'une entreprise familiale mais en tant que simple salarié (avis T-2009-882 du 19 novembre 2009), d'un agent recruté par une agence d'intérim pour gérer la buvette du stade municipal (avis n° T- 2009- 1023 du 11 décembre 2009) ou d'un agent qui ne déclare aucune création d'entreprise et se borne à demander à être autorisé à poursuivre une activité rémunérée de prestation de services pour le compte d'une société anonyme de recherche et de développement informatique, créée en 2004, dont il est actionnaire (avis n° T-2009-582 du 10 septembre 2009).

Une activité d'infirmier aide-opérateur en ophtalmologie, au sein d'un cabinet d'ophtalmologie, ne peut être exercée dans le cadre d'un cumul d'activités au titre des dispositions du décret du 2 mai 2007, dès lors qu'elle s'exerce à titre salarié : une telle activité ne pourrait être exercée que sous la forme d'une activité libérale pour bénéficier de ces dispositions (avis n° 09 - 11 du 11 février 2009).

De même, un infirmier anesthésiste au service mobile d'urgence et de réanimation (SMUR) d'un hôpital, ne peut être autorisé à cumuler ses fonctions publiques avec une activité de chauffeur de taxi au sein de la société de taxis dont son épouse est la gérante qu'au titre d'une activité accessoire exercée sous la forme du statut de conjoint collaborateur au sein de cette entreprise. Dans le cas où l'intéressé aurait ce statut, il n'appartiendrait qu'à l'administration de l'autoriser à exercer cette activité sans saisir la commission de déontologie. En tout état de cause, l'intéressé ne saurait alors, eu égard à son activité d'infirmier anesthésiste au SMUR, développer la clientèle de cette société de taxis en assurant le transport de patients entre leur domicile et l'hôpital dans lequel il exerce ses fonctions (avis n° 08 - 173 du 14 janvier 2009).

La commission a également considéré qu'elle n'était pas compétente pour connaître de la demande d'un agent recruté pour une période déterminée et inférieure à un an (avis n° T- 2009-212 du 9 février 2009)

Elle a, en revanche, regardé l'exercice non salarié de l'activité de vendeur distributeur indépendant (VDI) comme correspondant à une création d'entreprise dès lors que, même si elle ne procure à l'intéressé qu'un faible revenu et même si elle n'exige pas l'inscription au registre du commerce, elle entre dans le champ du nouveau statut d'auto-entrepreneur (Avis n° T-2009-67 du 12 février 2009)

B.2 – La commission n’est pas compétente lorsque l’agent exerce certaines activités que le législateur a expressément autorisées.

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

Aux termes du III de l’article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, « les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d’enseignement (...) peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions » : ainsi, un agent public, maître de conférences affecté dans une université, qui déclare exercer une activité libérale de conseil dans le domaine de l’énergétique et du génie des procédés, exerce une profession libérale qui découle de la nature de ses fonctions et qui est autorisée de plein droit par la loi, la commission de déontologie n’étant pas compétente pour rendre un avis sur le cumul d’activités envisagé (avis n° 09.A1096 du 16 décembre 2009).

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

Le III de l’article 25 de la même loi prévoit que les fonctionnaires gèrent librement leur patrimoine personnel ou familial.

La commission s’assure qu’il s’agit bien du patrimoine personnel ou familial de l’agent lui-même.

C’est le cas pour un agent souhaitant créer une entreprise de production photovoltaïque d’électricité pour répondre à ses besoins domestiques. La commission a estimé qu’il s’agissait d’une activité entrant dans le champ de la liberté de gestion du patrimoine personnel ou familial reconnue à tout fonctionnaire même si la production d’électricité était vendue à EDF (avis n° T-2009- 871 du 19 novembre 2009)

En revanche, la reprise d’une activité de gestion de chambre d’hôtes situées dans un gîte appartenant à la belle-mère de l’intéressé ne relève pas de la liberté de gestion du patrimoine personnel ou familial telle que celle-ci est prévue par le III de l’article 25 de la loi du 13 juillet 1983 : il s’agit donc d’un cumul pour reprise d’entreprise, pour lequel la saisine de la commission de déontologie revêt un caractère obligatoire (en l’espèce, compatibilité simple – avis n° 09.A0032 du 14 janvier 2009).

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

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

La commission n'est donc pas compétente pour connaître de la déclaration de création d'une activité indépendante de spectacles de magie à destination des particuliers :», dès lors que l'article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle dispose que sont « considérées notamment comme œuvres de l'esprit : 4° les numéros et tours de cirque... » : un spectacle de magie, assimilable à un numéro de cirque, s'exerce librement, sous réserve qu'il n'affecte pas le fonctionnement normal du service (avis n° 09.A0396 du 10 juin 2009).

Dans le cas d'un agent souhaitant créer, au titre du cumul, une entreprise individuelle dont l'objet sera l'activité d'auteur-compositeur et la production de spectacles vivants, la commission :

- décline sa compétence en ce qui concerne l'activité d'auteur-compositeur, qui relève de la libre production d'œuvres de l'esprit au sens du III de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et du code de la propriété intellectuelle ;

- affirme sa compétence en ce qui concerne l'activité de production de spectacles vivants, qui peut être exercée pendant une durée de deux ans renouvelable un an à compter de la date de création de l'entreprise (avis n°09.A0410 du 10 juin 2009).

Une activité de lecture, correction et réécriture de textes à destination des entreprises et des particuliers ne peut être regardée comme une production de œuvres de l'esprit au sens des articles L 112-1, L 112-2 et L 112-3, du code de la propriété intellectuelle, dans la mesure où les textes en cause ne sont pas eux-mêmes des productions d'œuvres de l'esprit (avis par ordonnance T 2009-662 bis du 26 octobre 2009).

B.3 – La commission n'est pas compétente s'agissant d'un agent qui demande une autorisation de cumul et qui exerce ses fonctions à temps incomplet ou non complet pour une durée inférieure ou égale à 70 % d'un emploi à temps complet

La commission n'est en effet pas compétente pour examiner la situation d'un agent qui, exerçant à temps incomplet pour une durée inférieure à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics à temps complet, des fonctions d'enseignement en économie informatique dans un lycée, déclare poursuivre une activité

privée lucrative : les dispositions des articles 15 et 16 du décret du 2 mai 2007, prévoyant une simple information préalable de l'administration, lui sont applicables, sans qu'il soit besoin de saisir la commission de déontologie (avis n° 09.A082 du 1 février 2009).

B.4 – La commission n'est pas compétente lorsque l'entreprise créée par l'agent constitue une modalité d'exercice de son activité publique

La commission n'est ainsi pas compétente pour connaître de la déclaration d'activité privée d'un fonctionnaire, professeur d'éducation physique et sportive, sportif de haut niveau, qui souhaite présider une société par actions simplifiée destinée à faciliter sa carrière sportive : il ne s'agit là que d'une modalité d'exercice de son activité sportive de haut niveau pour laquelle il est détaché auprès de la fédération Handisport ; dans ces conditions, la législation sur les cumuls d'activités ne lui est pas applicable (avis n° 09.A0480 du 8 juillet 2009).

B.5 La notion d'activité accessoire

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

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

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

Ces activités, dont l'exercice n'est pas a priori limité dans le temps, doivent conserver un caractère accessoire par rapport à l'activité publique principale, l'agent n'ayant pas vocation à quitter la fonction publique. La commission a été, en 2009,

fréquemment saisie de demandes de création d'entreprise ou de poursuite d'activité dans une entreprise, dont l'examen attentif a révélé qu'il s'agissait en fait d'activités accessoires relevant de l'article 2. A titre d'exemple, en 2009, 135 demandes ont été ainsi formulées par messagerie auprès du secrétariat de la formation spécialisée hospitalière, et dans 123 cas, les demandes formulées correspondaient bien à des activités pouvant être exercées à titre accessoire.

Il convient de rappeler aux administrations que la création d'une entreprise ne fait pas systématiquement entrer un agent public dans le champ des dispositions du chapitre II du décret du 2 mai 2007, dès lors que l'objet de l'entreprise peut se rattacher à l'une des activités à caractère accessoire mentionnées à l'article 2 de ce décret. L'administration doit donc d'abord vérifier dans quel secteur économique s'exercera l'activité. Si l'agent demande l'autorisation d'exercer une activité accessoire figurant dans la liste de l'article 2 (ou de l'article 3) du décret du 2 mai 2007, l'administration est compétente pour délivrer l'autorisation, sans avis de la commission de déontologie.

a) Le cas du « double avis »

Il arrive assez fréquemment que l'activité envisagée par l'agent relève pour partie du régime des activités accessoires, et pour partie de celui du cumul pour création d'entreprise, ou encore qu'il existe plusieurs motifs, selon les différents aspects de l'activité privée envisagée en cumul, pour que la commission décline sa compétence.

La commission a donc pu, en 2009, confirmer sa jurisprudence du « double avis », selon la nature des activités envisagées. Celles relevant de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 donnent lieu à un avis d'incompétence, et les autres à une appréciation déontologique.

La commission a ainsi estimé qu'elle n'était pas compétente dans le cas d'un directeur d'école qui souhaite d'une part exercer une activité privée dont l'objet sera la présentation, non rémunérée, d'antiquités orientales et l'évocation de leur contexte historique dans un but éducatif, artistique et culturel, dans le cadre d'une entreprise individuelle en cours de création, d'autre part financer les frais de gestion de cette activité par la vente de quelques pièces personnelles. En effet :

- l'activité de présentation et d'évocation historique des œuvres exposées, entre dans le champ des dispositions du 2° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 (enseignements ou formations) et présente un caractère accessoire ;

- l'activité de commercialisation de certaines pièces de sa collection personnelle relève de la libre gestion du patrimoine personnel de l'agent, conformément aux dispositions du III de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (avis n° 09.A0029 du 14 janvier 2009).

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

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

Lorsque l'activité que désire exercer l'agent pourrait porter atteinte au fonctionnement normal du service, mais que cette activité revêt un caractère accessoire, et ne se trouve donc pas dans le champ de compétences de la commission de déontologie, cette dernière ne peut que décliner sa compétence, tout en avertissant l'administration des risques encourus à autoriser l'exercice de cette activité.

La commission n'est ainsi pas compétente pour se prononcer sur la déclaration de cumul d'un président de section de chambre régionale des comptes qui envisage d'exercer une activité privée de conseil et d'audit auprès des associations et des collectivités territoriales, notamment en matière de commande publique, puisqu'une telle activité a un caractère accessoire (cf. 1^o de l'article 2 du décret du 2 mai 2007), soumise à la seule autorisation de l'administration, dans le respect des principes déontologiques.

Mais la commission a en outre tenu, dans ce même avis, à porter à la connaissance de l'administration que les fonctions exercées par l'intéressé en qualité de président de section d'une chambre régionale des comptes, et qui ont trait, dans son ressort géographique, notamment à l'examen de la gestion et des comptes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi que des associations recevant des subventions publiques, doivent s'exercer sans qu'il soit possible de mettre en cause l'indépendance de l'institution ou de ses membres ; les activités de conseil et d'audit en direction des entreprises et des associations auront nécessairement, eu égard aux fonctions de l'intéressé et dès lors que les entreprises et les associations en cause sont susceptibles de contracter avec les collectivités territoriales ou d'en recevoir des subventions, pour conséquence de mettre en cause cette indépendance ainsi que la neutralité du service dans lequel il exerce ses fonctions (avis n° 09.A0511 du 8 juillet 2009).

La commission n'est pas non plus compétente pour se prononcer dans le cas d'un agent qui souhaite exercer, dans le cadre d'un cumul, une activité de formation dans le domaine du contrôle aérien, mais elle rappelle toutefois à l'administration que les fonctions susceptibles d'être exercées par l'intéressé ne doivent pas porter atteinte à l'indépendance et à la neutralité du service dont il relève en tant que « pilote écho

radar » : les activités de formation de contrôleurs aériens, devant être exercées par l'entreprise qu'elle crée, auront nécessairement, eu égard aux fonctions de l'intéressée et compte tenu des informations privilégiées dont elle peut disposer sur les besoins de formation des contrôleurs en vue de répondre à un appel d'offres de l'aviation civile, pour conséquence de mettre en cause l'indépendance et la neutralité du service dans lequel elle est employée (avis n° 09.A0824 du 14 octobre 2009).

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

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

Ainsi, une activité privée de soutien scolaire, si elle est exercée au sein d'une SARL dont l'intéressé, professeur certifié, est le gérant, relève des dispositions des articles 11 à 14 du décret du 2 mai 2007 relatives au cumul pour création d'entreprise, qui peut être exercé pour une durée d'un an renouvelable une fois après avis de la commission de déontologie ; cependant, si elle avait été exercée à titre individuel, une telle activité relèverait de la liste des activités susceptibles d'être exercées à titre accessoire en vertu des dispositions des articles 1^{er} et 2 du décret du 2 mai 2007 après autorisation de la seule administration (avis n° 09.A0131 du 11 mars 2009).

De même, le cumul d'un emploi public avec la création d'une SARL ayant pour objet de conduire des actions de formation et de conseil est soumis à l'avis de la commission de déontologie et est possible pour une durée maximale de deux ans, renouvelable une fois pour une durée maximale d'un an ; une telle activité, exercée sous la forme individuelle, ou bien sous la forme d'une société de personnes, pourrait être regardée comme une activité accessoire au sens de l'article 2 du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007, soumise à l'autorisation de la seule administration (avis n° 09.A1020 du 16 décembre 2009).

d) Les principaux cas d'activité accessoire rencontrés par la commission de déontologie en 2009

Dans la plupart des exemples présentés ci-dessous, la commission a pu décliner sa compétence sans qu'un risque d'ordre déontologique lui soit apparu. Toutefois, dans quelques cas, elle a pu suggérer à l'administration d'assortir son

autorisation de réserves, le plus souvent parce que l'agent désirait exercer une activité accessoire dans un domaine très proche de celui de ses fonctions actuelles.

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

- une activité privée d'enseignement de la langue française d'une part (2° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007), et d'écrivain public à destination des entreprises et des particuliers d'autre part (1° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 pour les entreprises, 5° de ce même article pour les particuliers – avis n° 09.A0183 du 8 avril 2009 et avis n° 09.A0218 du 8 avril 2009, dans ce dernier cas uniquement pour une activité d'écrivain public) ;

- une activité privée de conseil et formation en informatique auprès de particuliers (2° du même article 2, avis n° T-2009-582 du 9 septembre 2009), sauf si cette activité se traduit pas des prestations commerciales, telles la création de sites ;

- une activité privée de traducteur et interprète (1° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 pour les entreprises, 5° de ce même article pour les particuliers – avis n° 09.A0195 du 8 avril 2009) ;

- une activité de restauration à domicile chez des particuliers, qui est au nombre des activités mentionnées au 5° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007.

- une activité privée de coaching (2° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 – au sens d'accompagnement et de conseil : avis n° 09 – 37 du 8 avril 2009 ; coaching en marche active : avis n° 09.A0217 du 8 avril 2009) ;

- une activité privée de conducteur de machines agricoles au sein d'une exploitation agricole (3° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 ; avis n° 09.A0268 du 13 mai 2009) ;

- une activité privée de conseil en comportement animalier (5° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 – avis n° 09.A0203 du 8 avril 2009) ou encore une activité privée de conseil aux collectivités concernant la prévention des risques liés aux chiens d'une part, et de conseil à la personne dans sa relation avec son chien, de soins de massage pour chiens d'autre part (article 3 du décret du 2 mai 2007 pour les collectivités, 5° de l'article 2 du même décret pour les particuliers – avis n° 09.A0240 du 8 avril 2009) ;

- un élevage de chiens, activité agricole répertoriée en tant que telle au répertoire SIREN (3° de l'article 2 du décret du 2 mai 2007 - avis n° T-2009-76 du 12 février 2009) ;

- une activité privée d'exploitant agricole associé dans le cadre de la gestion, avec le père et le frère de l'intéressé, d'un groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC), les membres d'un GAEC étant réputés exercer leur activité à titre individuel (avis n° 09.A0418 du 10 juin 2009) ;

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

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

2.3.2 La nature et les critères du contrôle de la commission

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

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

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

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

Pour la très grande majorité des demandes, il s'agit de la création d'une entreprise : le risque de commettre le délit de prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions apparaît donc faible, mais il peut exister.

Ainsi, la création, par un agent public, d'une entreprise qui sera nécessairement en relations d'affaires avec les entreprises que cet agent est chargé, dans

le cadre des fonctions qu'il exerce dans l'administration, de surveiller, est incompatible avec l'exercice desdites fonctions (avis n° T-2009-212 du 9 avril 2009).

De même, la commission a émis un avis d'incompatibilité à deux demandes émanant d'un chef de bassin au sein des installations sportives d'un EPCI et de son adjoint administratif affecté à la gestion des piscines du même établissement, en considérant que leurs fonctions leur interdisaient de participer simultanément, par l'intermédiaire de la SARL qu'ils projetaient de créer, à un appel d'offres ayant pour objet d'externaliser la gestion du service des piscines auquel ils sont aujourd'hui affectés ; qu'une telle participation à l'appel d'offres serait, en effet, de nature à porter atteinte à l'indépendance et à la neutralité du service et risquerait d'apparaître, aux yeux des tiers, comme procurant aux intéressés un avantage par rapport aux autres soumissionnaires (avis T-2009-412 du 11 juin 2003).

B) La notion de dignité des fonctions administratives

La commission a considéré qu'il y avait incompatibilité entre une activité d'achat et de revente, notamment, de lingerie dite fine et autres produits à connotation marquée, et les fonctions, exercées concomitamment, de gardien de la paix au sein d'une circonscription de sécurité publique : un tel cumul serait de nature à porter atteinte à la dignité des fonctions exercées par l'intéressé dans l'administration (avis n° A0480 du 8 juillet 2009).

La commission a également considéré que la création d'une auto-entreprise d'échange à caractère sexuel sur Internet serait de nature à porter atteinte à la dignité des fonctions que le demandeur exerce au sein d'un SDIS (avis T-2009-274 du 14 mai 2009).

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

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

Dans plusieurs cas, la commission n'a pu se contenter d'émettre des réserves, et a rendu des avis d'**incompatibilité**.

Elle a tout d'abord rendu un avis d'incompatibilité entre une activité consistant à dispenser des formations au travers d'une société dont l'intéressé est actionnaire et les fonctions, exercées de manière concomitante, au sein d'un centre

hospitalier : il ressort en effet des pièces du dossier que les formations dont il s'agit sont de même nature que celles assurées par le centre hospitalier dans le cadre de son programme de formation continue, et que les publics auxquels ces actions sont destinées se recoupent largement : le cumul d'activités envisagé par l'intéressé met par conséquent en cause le fonctionnement normal du service dans lequel il est employé (avis n° 08-180 du 14 janvier 2009).

Elle a également rendu un avis d'incompatibilité entre la création d'une entreprise individuelle de conseil en développement et aménagement local et les fonctions, exercées concomitamment dans un établissement public, d'appui et de conseil aux collectivités territoriales de la région où s'exercera l'activité privée : un tel cumul serait de nature à mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service dans lequel l'intéressé est employé (avis n° 09.A0351 du 13 mai 2009).

La commission a aussi considéré la création d'une société d'ambulances, au sein de laquelle l'agent public sera associé et exercera des fonctions de conducteur ambulancier, comme incompatible avec les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, de conducteur ambulancier dans un hôpital distant de 27 km du siège de la société, ainsi que dans un service mobile d'urgence et de réanimation : l'exercice simultané, et dans la même zone géographique, par l'intéressé, de son activité hospitalière de conducteur ambulancier et d'une activité privée identique, risque de mettre en cause le fonctionnement normal et la neutralité du service dans lequel il est affecté, en raison notamment de la confusion qui pourrait en résulter (avis n° 09-66 du 10 juin 2009).

De même, la commission a rendu un avis d'incompatibilité entre la création d'une entreprise ayant pour objet l'optimisation des conditions de production dans le domaine industriel, notamment en ce qui concerne les vibrations d'usinage, et les fonctions, exercées concomitamment, d'ingénieur aux relations industrielles dans une école d'ingénieurs :

- en premier lieu, la demande formée par l'intéressé a pour objectif de valoriser les résultats de la recherche publique réalisée dans le cadre de l'école, alors qu'aucune convention de nature à assurer la protection des intérêts financiers de celle-ci n'a été conclue ;

- en second lieu, au cours du cumul d'activités, l'intéressé bénéficierait d'une rémunération publique à taux plein alors qu'il serait autorisé à consacrer jusqu'à 40% de son temps de travail au développement et à la promotion de la société, en bénéficiant, au surplus, des moyens mis à sa disposition par l'école ;

- en troisième lieu, la double activité de l'intéressé provoquerait, à l'égard des tiers, une confusion sur sa qualité d'agent public ou de créateur d'entreprise, notamment compte tenu de l'exercice de fonctions substantiellement identiques dans l'une et l'autre de ses activités. (avis n° 09.A0370 du 10 juin 2009).

Il y a de même incompatibilité entre une activité d'expert en sciences criminelles et criminologie auprès des particuliers et des auxiliaires de justice et les fonctions, exercées concomitamment, de secrétaire du greffe d'instance dans un tribunal d'instance : un tel cumul risquerait de porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service dans lequel l'intéressé demeure affecté (avis n° 09.A0492 du 8 juillet 2009).

Il y a également incompatibilité la création d'une entreprise qui aura pour objet d'assurer la maîtrise d'œuvre et la sous-traitance dans le secteur forestier (aménagement de pistes forestières), celui des déchets ménagers et celui de l'aménagement de voiries internes dans des lotissements, et les fonctions, exercées de manière concomitante au sein d'une direction départementale de l'équipement et de l'agriculture (DDEA), d'adjoint au chef de l'unité déchets, en charge de missions d'ingénierie publique pour le compte de l'Etat et des collectivités locales dans le département correspondant .

En effet, compte tenu de ses fonctions administratives actuelles au sein de la DDEA, et comme l'intéressé envisage d'exercer son activité privée dans la même zone géographique, une telle activité risquerait de porter atteinte à la dignité de ses fonctions administratives, de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service où il est affecté (avis n° 09.A0714 du 9 septembre 2009).

La création d'une entreprise individuelle en conseil et expertise technique et de formation dans le domaine de la sûreté n'est pas non plus compatible avec les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, d'ingénieur d'études et de fabrication à la direction centrale du service d'infrastructure du ministère de la défense en qualité de conseiller technique au service technique des bâtiments, fortifications et travaux dans le domaine de la sûreté des sites militaires : compte tenu de la confidentialité attachée aux missions exercées par l'intéressé et notamment du risque de divulgation de procédés et techniques confidentiels à l'occasion de l'exercice de son activité d'entrepreneur individuel, le cumul d'activités que cet agent envisage serait de nature à mettre en cause le fonctionnement normal du service dans lequel il est employé (avis n° 09.A0839 du 14 octobre 2009).

Il y a incompatibilité entre la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ayant pour objet le conseil en patrimoine et en gestion immobilière et les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, de chef du service gestion et comptabilité des recettes fiscales dans une direction régionale des finances publiques : les fonctions de l'intéressé lui permettent d'avoir accès à des données sensibles et nominatives en matière de fiscalité des entreprises et des particuliers et de recouvrement des impôts et amendes (avis n° 09.A0855 du 14 octobre 2009).

Il y a également incompatibilité entre la création d'une agence de recherches privées, dont l'objet sera la recherche de preuves par le biais de la gestion

d'un réseau de ressources humaines, l'infiltration en entreprise, l'observation et la surveillance de structures humaines ou matérielles, et les fonctions exercées au sein de la division des personnels enseignants d'un rectorat : eu égard à la nature des fonctions qu'exerce à l'heure actuelle l'intéressé et qui lui donnent notamment accès à des fichiers comportant des données personnelles, le cumul d'activités envisagé est de nature à mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service dans lequel il est affecté ; cette incompatibilité pourrait être levée si l'intéressé était affecté sur un poste où il n'aurait pas accès à de telles données (avis n° 09.A0867 du 14 octobre 2009).

C.1 Le cas particulier des professions réglementées

De nombreux agents publics désirent exercer une activité de psychologue, de psychothérapeute ou de psychanalyste. D'autres souhaitent mettre en œuvre diverses techniques liées aux soins du corps ou au bien-être, telles les massages, la sophrologie ou la méditation. Certaines de ces activités ou certains actes professionnels peuvent relever d'une profession réglementée, en termes d'accès ou d'exercice.

La commission est très vigilante, en exigeant que soit joint au dossier, notamment dans le cas des psychologues, le diplôme détenu par l'agent et lui permettant d'exercer cette activité (*cf.* décret n° 90-255 du 22 mars 1990).

Lorsqu'il s'agit d'un enseignant, exerçant comme psychologue scolaire, souhaitant exercer la profession de psychologue à titre libéral, la commission pose la même exigence de diplôme et émet une réserve tendant à ce que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les élèves de l'école où il est affecté, ainsi qu'avec les membres de leur famille.

Lorsqu'il s'agit d'un agent souhaitant pratiquer des massages, l'avis est assorti d'une réserve tendant à ce que l'agent s'abstienne de tout acte réservé aux masseurs-kinésithérapeutes. Il y a ainsi compatibilité entre les fonctions de professeur dans une école élémentaire et la création d'une activité consistant à pratiquer des massages shantala sur des enfants, sous réserve que l'intéressé n'exécute aucun acte relevant de la profession réglementée de masseur-kinésithérapeute et s'abstienne, par ailleurs, pendant la durée du cumul d'activités, de toute intervention concernant les enfants avec lesquels il a été ou est en relation dans l'exercice de ses fonctions au sein de cette école élémentaire ainsi que les membres de leur famille (avis n° 09.A0125 du 11 mars 2009).

Les fonctions de professeur dans un collège sont compatibles avec la création d'une activité de réflexologie plantaire, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de tout

acte pouvant relever d'un exercice illégal de la médecine réprimé par l'article L.4161-1 du code de la santé publique (avis n° 09.A0122 du 11 mars 2009).

En revanche, un fonctionnaire ne peut exercer, dans le cadre d'un cumul, une activité d'acupuncteur s'il n'est pas titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre exigé pour l'exercice de la profession de médecin : une telle activité constituerait un exercice illégal de la médecine, réprimé par l'article L. 4161-1 du code de santé publique, et porterait atteinte à la dignité des fonctions administratives (avis n° 09.A0434 du 10 juin 2009).

Un agent administratif principal des impôts peut reprendre, dans le cadre d'un cumul, une société dont l'objet est la création, la production, l'édition, la distribution et la vente de produits culturels, historiques, artistiques, religieux, spirituels, médicaux, thérapeutiques sur tous les formats existants, sous réserve que soient respectées les dispositions relatives à la publicité des produits médicaux et pharmaceutiques figurant au chapitre II du titre II du livre Ier de la Vème partie de la partie législative du code de la santé publique (avis n° 09.A0091 du 11 février 2009).

C.2 Les autres agents

Les avis suivants illustrent la jurisprudence de la commission de déontologie en matière de cumul, que ses avis aient été ou non assortis de réserves.

Les agents des ministères économiques et financiers

Il y a compatibilité entre une activité de vente de vêtements importés en Polynésie française et les fonctions, exercées concomitamment, d'agent de constatation des douanes, à la condition que l'intéressé confie à un professionnel tiers le soin de procéder aux formalités douanières liées à l'importation de produits pour son activité (avis n° 09.A0432 du 10 juin 2009).

Il y a de même compatibilité entre une activité privée de vente sur Internet et lors des marchés artisanaux de créations de peinture sur porcelaine dans le cadre d'une entreprise individuelle et les fonctions, exercées de manière concomitante dans l'administration, d'inspecteur des impôts, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, dans le cadre de ses fonctions, de vérifier les personnes dont l'activité est similaire à celle de l'entreprise qu'il crée (avis n° 09.A0244 du 8 avril 2009).

Les agents du ministère de l'écologie et du ministère de l'agriculture (*hors cas d'abandon de l'ingénierie publique concurrentielle*)

Services déconcentrés

La commission estime qu'il y a compatibilité entre la création d'une société qui aura pour objet la réalisation de prestations, d'études de définition et de faisabilité,

d'études de projets et d'exécution en ingénierie aéroportuaire et les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, de chef du bureau « équipements balisages » de l'antenne méditerranéenne du service national d'ingénierie aéroportuaire (SNIA) du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire. Comme l'activité que l'intéressé envisage d'exercer au sein de sa société pourrait avoir des interférences avec les fonctions qu'il exercera, pendant le cumul d'activités, au sein du SNIA, la commission a retenu une réserve délimitant précisément le champ d'intervention de la société, pour que celle-ci s'abstienne de toute relation professionnelle avec les aéroports transférés par l'Etat aux collectivités territoriales ou à leurs groupements pour lesquels le SNIA continuera à intervenir. (avis n° 09.A0446 du 10 juin 2009).

La commission a aussi considéré qu'il y avait compatibilité entre la création d'une entreprise (entreprise n° 1) dont l'objet est le suivi de travaux préparatoires à l'installation de maisons à ossature en bois réalisées par une autre entreprise de construction (entreprise n° 2) et les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, d'instruction des actes d'application du droit des sols dans une antenne locale du service habitat, aménagement, urbanisme et qualité de la construction d'une DDEA, sous réserve que, dans le cadre de son activité privée, l'intéressé s'abstienne :

- d'assurer des prestations de suivi de travaux préparatoires à l'installation de maisons à ossature en bois réalisées par l'entreprise de construction n° 2 dans la zone géographique des communautés d'agglomération relevant de l'antenne locale du service Habitat, aménagement, urbanisme et qualité de la construction de la DDEA ,

- d'instruire des actes du droit du sol relatifs aux projets d'habitations à construire dont la réalisation est confiée à l'entreprise n° 2 et qui sont déposés à l'antenne locale (avis n° 09.A0519 du 8 juillet 2009).

Il y a enfin compatibilité entre la création d'une entreprise individuelle dont le siège est fixé dans la Loire et ayant pour objet de réaliser des études de projet et de suivi des travaux dans les domaines de l'assainissement et de la voirie dans les départements de l'Ardèche, de la Loire et du Rhône et les fonctions, exercées concomitamment au sein de la direction interdépartementale des routes (DIR) du Centre-Est, de contrôleur des travaux publics du centre d'entretien et d'intervention du district de Saint-Etienne (Loire) pour le compte de l'Etat et des collectivités locales dans le ressort du district, sous réserve que l'entreprise de l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle avec les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les établissements publics de coopération traversés par les parties de réseaux autoroutiers et routiers dont il a la charge au centre d'entretien et d'intervention du district de Saint-Etienne de la DIR du Centre-Est (avis n° 10.A0091 du 13 janvier 2010).

Etablissements publics

Il y a compatibilité entre la création d'une société ayant pour objet le conseil, l'étude, la formation et le contrôle d'installations frigorifiques, et les fonctions, exercées de manière concomitante dans l'administration, de chef de l'unité de recherche « génie des procédés frigorifiques » au Centre national du machinisme agricole, des eaux et forêts (CEMAGREF), sous réserve que la société s'abstienne de toute relation professionnelle avec les entreprises avec lesquelles l'intéressé travaille dans le cadre de ses fonctions au CEMAGREF (avis n° 09.A0713 du 9 septembre 2009).

Les agents du ministère de l'intérieur

La commission a regardé comme compatible la création d'une entreprise individuelle d'enseignement et de formation organisant des stages pour la récupération de points du permis de conduire et les fonctions concomitantes de chef du bureau accidents au sein de la compagnie républicaine de sécurité autoroutière Provence, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, jusqu'au terme du cumul d'activités, de démarcher des personnes avec lesquelles il est ou a été en relation et dont il a eu ou aura à connaître la situation dans le cadre de son activité professionnelle (avis n° 09.A0011 du 14 janvier 2009).

Les agents du Pôle Emploi

Il y a compatibilité entre la création d'une entreprise de courtage en travaux et les fonctions concomitantes de conseiller à l'emploi à l'agence locale de l'Agence nationale pour l'emploi devenue Pôle Emploi (avis n° 09.A0018 du 14 janvier 2009).

Les agents du Centre national de la recherche scientifique (CNRS)

Il y a compatibilité entre la création d'une activité privée de conseil et d'assistance technique aux collectivités publiques pour l'organisation et le suivi qualité de leur restauration collective et les fonctions, exercées concomitamment, de pilotage national de la restauration sociale du CNRS, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activités, de toute relation professionnelle avec cet établissement public (avis n° 09.A0367 du 10 juin 2009).

Les agents de la fonction publique territoriale

Concernant un sapeur-pompier souhaitant créer une auto-entreprise de travaux subaquatiques alors que le SDIS concerné peut avoir à intervenir en mer, un avis favorable a été donné par la commission avec les réserves que l'intéressé :

- s'abstienne de toute relation d'affaires, dans le cadre de son activité professionnelle privée exercée au titre du cumul, avec les personnes ou entreprises qu'il a eues, a, ou aura à connaître dans le cadre de son activité publique sur l'ensemble du territoire du SDIS concerné ;

- évite toute concurrence quant aux missions dites privatives et urgentes accomplies par le SDIS ;

- respecte la réglementation qui lui est appliquée concernant les plages de repos obligatoires ;

- ne se prévale pas, dans ses relations professionnelles exercées au titre du cumul, de sa qualité de sapeur pompier (avis n° T 2009-372 du 11 juin 2009).

Concernant un colonel souhaitant exercer une activité d'expertise, de consultation et de formation en matière de sécurité incendie, la commission n'a pas regardé cette activité comme accessoire au sens de l'article 2 du décret du 2 mai 2007. Elle a assorti son avis de compatibilité de réserves tendant à ce que l'intéressé s'abstienne d'intervenir dans les actions de même nature engagées par le SDIS et dans le ressort territorial de ce dernier et à ce qu'il ne se prévale pas de sa qualité de colonel du SDIS (avis n° T- 2009- 874 du 19 novembre 2009).

Concernant un directeur général des services d'un conseil général souhaitant exercer une activité de conseil et de formation auprès d'organismes publics et privés pour leur développement, la commission a assorti, concernant la partie « conseil » de son projet - qui ne relève pas des activités accessoires énumérées à l'article 2 du décret du 2 mai 2007 - son avis favorable d'une réserve tendant à ce qu'il s'abstienne de toute relation d'affaires avec la collectivité qui l'emploie et que son activité privée s'effectue en dehors du département (avis n° T-2009- 866 du 19 novembre 2009).

Concernant un attaché contractuel chargé auprès d'un conseil général de la gestion des élus, la commission a assorti sa demande, qui tendait à la création d'une entreprise dont l'objet est d'aider les élus dans leur communication, de réserves tendant à ce que l'intéressé s'abstienne de toutes relations d'affaires avec le conseil général, les élus et membres du conseil général du département ainsi que les collectivités dont ces élus sont membres (avis n° T-2009-870 du 19 novembre 2009).

Les agents de la fonction publique hospitalière

La commission a rendu un avis de compatibilité entre la création d'une entreprise individuelle spécialisée en prestations diverses de radioprotection et les fonctions, exercées concomitamment, de manipulateur en radiologie dans un centre hospitalier universitaire (CHU), sous réserve que l'intéressé s'abstienne de relations commerciales et de la réalisation d'audits avec le CHU (avis n° 09-75 du 10 juin 2009).

Un aide-soignant en secteur gériatrique dans un centre hospitalier peut créer, dans le cadre d'un cumul, une entreprise individuelle de thanatopraxie, sous réserve qu'il s'abstienne d'exercer tout acte de thanatopraxie sur les personnes dont il s'est occupé dans le cadre de ses fonctions hospitalières (avis n° 09 – 12 du 11 février 2009).

La commission a rendu un avis de compatibilité simple entre la création d'un cabinet libéral de sage-femme, spécialisé dans le suivi des patientes à leur domicile (suivi ante et post natal), et les fonctions concomitantes de sage-femme au service maternité dans un centre hospitalier distant de 22 km : la loi organise en effet des réseaux de soins autour des hôpitaux publics et il peut être utile de prévoir la complémentarité des interventions, voire la continuité des soins et conseils prodigués, sans donc qu'il y ait lieu dans ce cas d'émettre une réserve (avis n° 08-174 du 14 janvier 2009).

Les agents concernés par l'arrêt des activités d'ingénierie publique

1) La décision du conseil de modernisation des politiques publiques

Le conseil de modernisation des politiques publiques a décidé, lors de ses réunions des 4 avril et 11 juin 2008, une transformation profonde de l'ingénierie publique, qui repose sur :

- l'arrêt progressif des interventions dans le champ concurrentiel, avec néanmoins la poursuite de certaines prestations relevant de secteurs sensibles (tels que l'aide à la gestion des services publics) ;

- le maintien de l'ATESAT (assistance technique de l'État pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire), qui matérialise, dans les domaines de la voirie, de l'habitat et de l'aménagement, la politique de solidarité que l'État apporte aux petites communes et intercommunalités ;

- le redéploiement de l'ingénierie vers le portage des politiques publiques prioritaires et notamment des décisions prises à l'issue du Grenelle de l'Environnement.

En conséquence, nombre d'agents des ministères chargés de l'écologie et de l'agriculture devront s'orienter vers de nouvelles missions au sein de l'administration. Certains se tournent également vers le secteur privé, de manière temporaire ou définitive, ou dans le cadre d'un cumul, afin de valoriser les compétences et l'expérience technique qu'ils ont acquises au cours de leur carrière dans l'administration.

Ces situations appellent des réponses diversifiées selon la situation des agents et des administrations.

2) Les agents qui quittent l'administration

Du fait de l'arrêt progressif des interventions de ces services dans le champ concurrentiel, qui a lieu suivant un calendrier échelonné propre à chaque direction départementale de l'équipement et de l'agriculture (DDEA, aujourd'hui devenue DDT, direction départementale des territoires), la situation des agents constitue chaque fois un cas particulier, au regard des règles de déontologie.

Ainsi, dans le cas d'un départ de l'administration, lorsque il est confirmé à la commission que le service où l'agent était antérieurement affecté sort du champ de l'ingénierie concurrentielle, la commission rend un avis de compatibilité qui peut ne pas être assorti de réserves.

Par exemple, la commission considère qu'il y a compatibilité entre une activité de technicien dans une société qui a notamment pour objet de fournir toutes prestations et conseils en ingénierie, voirie et réseaux divers, études techniques et aménagement paysager, et les fonctions précédentes de responsable du bureau d'études d'une subdivision de la DDEA du département où se trouve également le siège de la société, puis celles de chargé d'opérations en ingénierie publique, voirie et réseaux divers, aménagement d'espaces publics, prise des commandes et réceptions de travaux au sein de la même subdivision, dans la mesure où ce service n'a plus vocation à intervenir dans le domaine de l'ingénierie publique (avis n° 09.A0295 du 13 mai 2009).

En revanche, lorsque ce service suit encore des chantiers, la commission a le souci de préserver le fonctionnement normal de ce service, en assortissant son avis d'une réserve.

Par exemple est compatible la création d'une entreprise ayant pour objet d'assurer la maîtrise d'œuvre et la sous-traitance dans le domaine de l'assainissement et de la voirie avec les fonctions antérieures de chargé d'études dans le domaine de l'ingénierie d'appui territorial au sein d'une subdivision d'une direction départementale de l'équipement (DDE), sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute intervention sur les chantiers encore suivis par cette direction (avis n° 09.A0724 du 9 septembre 2009).

Dans le même sens, la commission a rendu un avis de compatibilité entre la création d'un bureau d'études en infrastructures qui aura pour objet d'assurer le conseil, l'expertise, le diagnostic, l'assistance à maîtrise d'ouvrage, la conduite d'opérations et la maîtrise d'œuvre dans les domaines de l'eau potable, des périmètres de protection, de l'assainissement et de la voirie, et les fonctions antérieures de responsable d'une antenne d'ingénierie d'appui territorial au sein de la DDEA du département dans lequel se trouve le bureau d'études créé, sous réserve que cette entreprise s'abstienne de toute intervention sur les chantiers encore suivis par la DDEA (avis n° 09.A1010 du 16 décembre 2009).

La commission a également estimé la création d'une entreprise ayant pour objet l'assistance technique aux maîtres d'ouvrage et aux maîtres d'œuvre compatible avec les fonctions antérieures de contrôleur principal chargé du suivi de l'ATESAT au

sein d'un atelier d'une DDEA, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute intervention sur les chantiers encore suivis par la DDEA et de toute relation professionnelle avec l'atelier de cette direction au sein duquel il a exercé ses fonctions (avis n° 09.A1030 du 16 décembre 2009).

La commission, dans certains avis, a expressément pris en compte dans sa réserve le cas des marchés publics, afin d'éviter que l'entreprise nouvellement créée puisse bénéficier des relations professionnelles qu'aurait pu nouer l'agent public dans ses anciennes fonctions.

Ainsi, la commission a considéré comme compatible la création d'une société ayant pour objet la maîtrise d'œuvre et l'assistance à maîtrise d'ouvrage pour le compte de collectivités locales et d'industries, et les fonctions précédentes de responsable de la subdivision d'une direction départementale de l'agriculture et de la forêt (DDAF) sur le territoire de laquelle se trouve le siège de ladite société, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de toute relation professionnelle à son initiative avec la subdivision de la DDAF dont il était le responsable, ainsi que de passer des marchés ou fournir des prestations autres que ceux ayant fait l'objet d'une mise en concurrence avec les collectivités locales ou les établissements de coopération intercommunale pour lesquels il a eu à travailler durant les trois dernières années dans le cadre de ses fonctions au sein de cette DDAF (avis n° 09.A0423 du 10 juin 2009).

De même, la commission estime compatible la création d'une entreprise ayant pour objet les études de maîtrise d'œuvre dans les domaines de l'eau, assainissement et voirie dans la même région que celle où l'intéressé a exercé ses fonctions administratives et où l'administration n'exercera plus de missions d'ingénierie publique concurrentielle, et les fonctions précédentes de chef technicien en génie rural au service d'ingénierie et d'appui territorial d'une DDEA, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de passer des marchés de gré à gré ou des contrats de fourniture de prestations de gré à gré avec les collectivités territoriales, établissements publics locaux et sociétés d'économie mixte locales auprès desquels il a exercé des missions au cours des trois années précédant la création de son entreprise. L'intéressé pourra répondre à des appels d'offres, mais non à des marchés de gré à gré, pour lesquels ses fonctions précédentes pourraient lui conférer un avantage important par rapport à ses concurrents (avis n° 09.A0850 du 14 octobre 2009).

3) Les agents en cumul d'activités

La commission a élaboré une jurisprudence pour permettre aux agents dont le poste est transformé, ou qui doit disparaître à terme, de valoriser leur expérience dans le privé tout en continuant leur activité publique, favorisant ainsi leur reconversion.

Le cumul dans un domaine proche des missions exercées par l'agent public n'est pas considéré comme incompatible avec les fonctions administratives que celui-ci exerce, mais cette situation est encadrée par une réserve pour éviter toute confusion dans l'exercice des activités publique et privée.

Ainsi, un contrôleur principal des travaux publics de l'Etat, exerçant les fonctions de correspondant territorial à l'antenne de l'un des services aménagement d'une direction départementale de l'équipement (DDE), peut créer, dans le cadre d'un cumul, une entreprise dont l'objet sera la réalisation d'études de maîtrise d'oeuvre, dans le domaine de la voirie et des réseaux divers, sous réserve qu'il soit effectivement affecté, au sein de cette DDE, sur un autre secteur que celui où il exerce aujourd'hui ses fonctions et qu'il s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activité, de toute relation professionnelle avec les communes et les établissements dont elles sont membres situés dans le nouveau secteur sur lequel il sera affecté ainsi qu'avec les communes et établissements dont elles sont membres situés dans le secteur sur lequel il a précédemment exercé ses fonctions (avis n° 09.A0071 du 11 février 2009).

La création, par un technicien supérieur de l'équipement, d'une entreprise privée d'assistance à la maîtrise d'ouvrage est compatible avec les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, de chargé d'opérations de l'unité Bâtiment-Energie au sein du service d'appui aux politiques publiques d'une DDE, sous réserve que cette entreprise s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activités, de proposer ses services aux collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics pour lesquels son créateur est intervenu dans le cadre de ses missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage ou de ses missions de maîtrise d'oeuvre (avis n° 09.A0868 du 14 octobre 2009).

La création, par un contrôleur des travaux publics de l'Etat, d'une entreprise individuelle dont l'objet est le conseil et l'expertise, la maîtrise d'oeuvre et le métré dans les domaines de la route, des ouvrages d'art et de la sécurité routière auprès des collectivités territoriales, des entreprises et des particuliers, est compatible avec les fonctions, exercées concomitamment par l'agent dans l'administration, de maîtrise d'ouvrage dans le cadre de l'ingénierie d'appui territorial au sein d'un pôle territorial d'une DDE, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activités, de proposer les prestations de son entreprise aux communes et aux établissements publics relevant du pôle territorial dans lequel il intervient (avis n° 09.A0825 du 14 octobre 2009).

La création d'une entreprise individuelle ayant pour objet de proposer des prestations de coordonnateur sécurité et protection de la santé et de conseils aux collectivités locales dans le domaine de l'eau et de l'assainissement, est compatible avec les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, de chef du service appui technique aux collectivités locales dans une direction départementale de l'agriculture et de la forêt (DDAF), sous réserve que l'intéressé s'abstienne de proposer ses prestations de conseil dans le domaine de l'eau et de l'assainissement aux collectivités locales de ce département (avis n° 09.A0960 du 18 novembre 2009).

Il y a enfin compatibilité entre la création d'une entreprise individuelle dont l'objet est la maîtrise d'oeuvre de travaux de voirie, et les fonctions, exercées concomitamment dans l'administration, d'assistant territorial auprès des élus

communaux au sein de la direction départementale de l'équipement et de l'agriculture correspondant au département dans lequel s'exercera l'activité privée, sous réserve :

- que l'entreprise créée par l'intéressé n'intervienne pas dans la zone géographique au sein de laquelle il exerce ses fonctions ;

- en cas d'extension de cette zone de compétence, que cette entreprise s'abstienne de toute relation professionnelle à l'égard des communes et communautés de communes qui en relèvent (avis n° 09.A0979 du 18 novembre 2009).

Deuxième partie

LA VALORISATION DES TRAVAUX DES PERSONNELS DE RECHERCHE DANS LE SECTEUR PRIVE

**Application des articles L. 413-1 et suivants du code
de la recherche**

PRESENTATION

La loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche modifiant la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France et codifiée aux articles L. 413-1 et suivants du Code de la recherche a créé trois dispositifs permettant aux personnels du service public de la recherche de collaborer avec des entreprises privées pour la valorisation des travaux qu'ils ont menés au sein du service public.

Les dispositifs issus de la loi du 12 juillet 1999 ont fait l'objet de plusieurs modifications introduites par la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche, qui a notamment porté à 49 % du capital et des droits de vote la participation du chercheur au capital de l'entreprise à laquelle il apporte son concours.

Par ailleurs, le dernier alinéa du I de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, confie à la commission de déontologie le soin de donner son avis sur les autorisations demandées par les personnels de la recherche en vue de participer à la création d'entreprises ou aux activités d'entreprises existantes. Le V de ce même article 87 crée une formation spécialisée à la commission pour les affaires concernant les chercheurs.

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

• **Les articles L. 413-1 à L. 413-7** (article 25-1 de la loi du 15 juillet 1982) permettent à un agent public de participer à la création d'une entreprise destinée à valoriser les travaux de recherche qu'il a réalisés dans l'exercice de ses fonctions. Plusieurs conditions sont toutefois à remplir :

- l'entreprise créée doit valoriser des travaux du fonctionnaire intéressé ;
- l'entreprise de valorisation doit être une entreprise nouvelle, favorisant ainsi l'essaimage des personnels de la recherche ;
- l'agent doit être associé ou dirigeant de l'entreprise ;
- l'entreprise nouvelle doit conclure un contrat de valorisation des travaux de recherche avec la ou les personnes publiques au sein desquelles ont été effectuées les recherches, dans un délai de neuf mois à compter de l'autorisation de l'administration (et non de l'avis, antérieur, de la commission de déontologie) ;

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

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

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

- à l'issue de l'autorisation, l'agent peut conserver sa situation dans l'entreprise en demandant sa radiation des cadres ou sa disponibilité dans les conditions du droit commun ; en l'absence de changement d'activité, il n'est pas nécessaire de consulter la commission (*avis n° 06.A0017 du 5 janvier 2006*). Il peut aussi être réintégré. Dans ce cas, il peut être autorisé à apporter son concours scientifique à l'entreprise, à conserver une participation dans le capital social de l'entreprise, dans la limite de 49 % du capital donnant droit au maximum à 49 % des droits de vote, ou à être membre du conseil d'administration ou de surveillance de celle-ci dans les conditions prévues aux articles L. 413-8 ou L. 413-12.

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

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

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

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

Pour introduire plus de souplesse dans le montage de dossiers souvent complexes et permettre d'accélérer les procédures, il est possible de présenter à la commission un projet de contrat de valorisation des travaux de recherche, ce contrat

devant être finalisé et signé dans un délai de neuf mois, conformément au décret n° 2006-1035 du 21 août 2006 (*JORF* du 23 août 2006).

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

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

Si le concours scientifique peut être organisé sans qu'il y ait participation au capital de l'entreprise, l'inverse n'est pas possible. La prise de participation dans le capital d'une telle entreprise est subordonnée à l'apport d'un concours scientifique (*avis n° 00. AR0083 du 23 novembre 2000*).

En vertu de l'article L. 413-10 du code de la recherche, la prise de participation est interdite si l'agent, du fait de ses fonctions et dans les cinq années précédentes, a exercé un contrôle sur l'entreprise ou a participé à l'élaboration ou la passation de contrats ou conventions entre l'entreprise et le service public. Le concours scientifique reste possible : la commission, se fondant sur les termes de cet article, a rendu un avis défavorable concernant la seule prise de participation au capital de l'entreprise d'un agent qui avait exercé un tel contrôle, la demande de concours scientifique de cet agent faisant par ailleurs l'objet d'un avis favorable (*avis n° AR.025 du 13 mai 2009*).

L'autorisation est accordée et renouvelée dans les conditions prévues à l'article L. 413-3, mais l'avis de la commission n'est requis que si les conditions prévalant au moment de l'autorisation ont évolué (article L. 413-11 du code de la recherche - *avis n° 07.AR020 du 5 avril 2007*). A l'expiration de l'autorisation, l'agent doit céder sa participation dans un délai d'un an et ne conserver aucun intérêt dans l'entreprise, sauf s'il est rayé des cadres ou mis en disponibilité.

• **Les articles L.413-12 à L.413-14** (article 25-3 de la loi du 15 juillet 1982) permettent à un agent public d'être membre d'un organe dirigeant (ce qui pouvait auparavant être sanctionné) d'une société, comme membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Dans ce cas, il ne peut apporter de concours scientifique à l'entreprise. Sa participation au capital ne peut excéder 20 % de celui-ci, ni donner droit à plus de 20 % des droits de vote. L'agent ne peut percevoir que des jetons de présence à l'exclusion de toute autre indemnité.

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

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

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

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

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

En particulier, le 1° de l'article 2 du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 fait figurer, parmi les activités à caractère accessoire susceptibles d'être autorisées par l'administration, sans l'avis de la commission de déontologie, les « expertises ou consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privés (...) ».

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

- au respect du fonctionnement normal du service public (article 1^{er} du décret du 2 mai 2007), ainsi que des dispositions de l'article 432-12 du code pénal relatives à la prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions (article 9 du décret du 2 mai 2007) ;
- à protéger ses droits de propriété intellectuelle (par exemple en concluant un contrat de collaboration avec le ou les entreprises ou organismes qui consultent l'un de ses agents).

La prochaine réforme du décret relatif au cumul d'activités devrait être l'occasion d'insister sur la différence de nature entre les deux procédures (apport d'un concours scientifique à une entreprise existante dans le cadre du code de la recherche / consultation ou expertise auprès d'une entreprise privée dans le cadre des textes législatifs et réglementaires relatifs au cumul d'activités).

*
* *

La loi du 12 juillet 1999 a fait l'objet d'une circulaire d'application du 7 octobre 1999 des ministres chargés de la recherche et de la fonction publique, publiée au Journal Officiel de la République française. Cette circulaire devrait être prochainement modifiée pour tenir compte des évolutions législatives récentes.

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

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

- le décret n° 2000-1331 du 22 décembre 2000 modifiant le décret n° 87-889 du 29 octobre 1987 relatif aux conditions de recrutement et d'emploi de vacataires pour l'enseignement supérieur (JORF du 30 décembre 2000) ;

- le décret n° 2001-125 du 6 février 2001 portant application des dispositions de l'article L. 951-3 du code de l'éducation et des articles 25-1 et 25-2 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France à certains personnels non fonctionnaires de l'enseignement supérieur et de la recherche (JORF du 10 février 2001) ;

- le décret n° 2001-952 du 18 octobre 2001 modifiant le décret n° 84-135 du 24 février 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires (JORF du 20 octobre 2001) ;

- le décret n° 2002-1069 du 6 août 2002 modifiant les décrets n° 85-733 du 17 juillet 1985 relatif aux maîtres de conférences et professeurs des universités associés ou invités et n° 91-267 du 6 mars 1991 relatif aux enseignants associés ou invités dans certains établissements d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur (JORF du 9 août 2002).

Par ailleurs, l'article L. 6152-4 du code de la santé publique, modifié par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, étend aux praticiens hospitaliers le dispositif des articles L. 413-1 à L. 413-16 du code de la recherche.

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

Lors de la codification des articles 25-1 et 25-2 de la loi du 15 juillet 1982 dans la partie législative du code de la recherche, les dispositions relatives à la durée de l'autorisation n'ont pu être reprises, puisqu'elles relèvent du pouvoir réglementaire auquel elles ont donc renvoyé. Dans l'attente de la codification de la partie réglementaire de ce code, ce sont les dispositions dans leur version antérieure qui demeurent applicables.

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

1 - BILAN DE L'ACTIVITE DE LA COMMISSION

1.1 FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION

Celui-ci est régi :

- D'une part, par le V de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, qui depuis 2007 définit la composition de la commission lorsqu'elle exerce ses attributions en vertu des articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche.

Outre son président et les membres de la formation commune aux quatre formations spécialisées de la commission de déontologie, la commission comprend deux personnalités qualifiées dans le domaine de la recherche ou de la valorisation de la recherche. Il s'agit en 2009 de M. Aubert, ancien directeur général du Centre national de la recherche scientifique et de Mme Hannover, directrice de projet pour les questions juridiques et réglementaires à la direction de la recherche et de l'innovation du ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche. Leurs suppléants sont M. Némoz, professeur des universités émérite, et M. Froment, chef du bureau de la valorisation, de la propriété intellectuelle et du partenariat.

Parmi les deux personnalités appartenant à la formation commune, l'une doit avoir exercé des fonctions auprès d'une entreprise privée.

Le représentant de l'établissement auquel est rattaché le fonctionnaire qui sollicite l'autorisation (université, établissement de recherche, ministère) est membre du « tronc commun » de la commission de déontologie. Exceptionnellement, il peut y avoir deux représentants par établissement ou service, lorsque leur organisation interne l'impose ou lorsque le fonctionnaire relève de deux administrations ou établissements (professeur des universités - praticien hospitalier). Dans tous les cas, seul le représentant du directeur du personnel prend part au vote, conformément au 4° de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993. Toutefois, dans les affaires concernant les professeurs ou maîtres de conférences des universités - praticiens hospitaliers, ce sont les représentants des ministères chargés de la santé et des universités qui siègent (*avis n°03.AR056 du 26 juin 2003*).

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

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

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

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

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

Le silence gardé par l'établissement public dont relève le chercheur pendant une durée d'un mois vaut autorisation.

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

Le délai pour ensuite finaliser le contrat de valorisation est de neuf mois à compter de l'autorisation. Si tel n'est pas le cas, cette autorisation est caduque (avis n° 09.AR071 du 18 novembre 2009).

c) Le secrétariat de la commission de déontologie répond en liaison avec le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche aux questions des établissements sur certaines questions juridiques ou sur certains points de jurisprudence en amont de la saisine de la commission. L'assistance juridique aux établissements et chercheurs pourrait également s'appuyer sur des exemples de contrats de valorisation et de conventions de concours scientifique.

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

1.2 SAISINES ET AVIS

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

	2007	2008	2009
nombre d'avis	78	80	82

En 2009, la commission a rendu 82 avis, soit un chiffre en très légère augmentation par rapport aux années précédentes. Deux dossiers ont été retirés avant leur examen par la commission, l'un d'entre eux pour être présenté à nouveau quelques semaines plus tard.

Le nombre moyen de dossiers examinés par séance est de 7 à 8.

Lorsque des chercheurs appartenant à la même équipe, mais relevant pour leur gestion d'établissements différents, participent à un même projet, la commission recommande qu'ils présentent leur dossier en même temps, ce qui lui permet de procéder à un examen commun.

1.3 CAS DE SAISINES

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

	2006	2007	2008	2009	Moyenne
L. 413 -1	11,7	19,2	10	17	15,5
L. 413-8	74	80,8	83,8	79,3	80,5
L. 413-12	3,9	0	6,2	3,7	4
Total	100	100	100	100	100

La très grande majorité des demandes dont la commission est saisie ont pour objet l'autorisation d'apport de concours scientifique et, dans l'essentiel des cas, la participation au capital d'une entreprise au titre de l'article L. 413-8 du code de la recherche.

La commission a eu l'occasion, en 2009, de souligner qu'en application de l'article L. 413-1 du code de la recherche, le contrat de valorisation doit être conclu dans le délai fixé par le décret n° 2006-1035 du 21 août 2006, c'est-à-dire dans un délai maximum de neuf mois après la délivrance de l'autorisation de l'administration (et non de l'avis de la commission) : si tel n'est pas le cas, cette autorisation deviendra caduque et l'agent devra cesser immédiatement de prêter son concours scientifique à l'entreprise (avis n° 09.AR071 du 18 novembre 2009).

La commission a enregistré en 2009 trois demandes de participation aux organes dirigeants d'une société anonyme.

1.4 ORIGINE DES SAISINES

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

Tableau n° 11 - Répartition des avis par nature pour les principales administrations gestionnaires – 2009

	Favorable	Favorable sous réserve	Défavorable	Défavorable en l'état	Total
CNRS		16		1	17
INSERM		6			6
INRA		4			4
INRIA	1	2		1	4
Université Rennes 1		4			4
Université Franche-Comté		4			4
Université Lille 2		4			4
Autres universités et organismes	1	34	4	1	39
Total	2	74	4	3	82

NB : la rubrique « non lieu, irrecevabilité, sursis à statuer, incompétence » n'a pas été insérée pour l'année 2009 dans ce tableau, aucun dossier n'en relevant.

Trente-deux universités et autres organismes ont saisi la commission de déontologie en 2009, contre trente en 2008. Pour faciliter la lecture du tableau suivant, seuls les sept principaux établissements ou universités qui saisissent la commission ont été mentionnés. Il n'est guère surprenant de constater en tête de classement la présence

de quatre des principaux établissements de recherche français. Les entreprises d'accueil sont essentiellement des petites et moyennes entreprises.

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

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

	2007	2008	2009	Moyenne
Directeur de recherche	22	22,2	17,1	20,4
Professeur des universités ⁽¹⁾	23	16	31,7	23,6
Maître de conférences	6	12,3	14,6	11
Chargé de recherche	15	16	11	14
Ingénieur de recherche	9	8,6	7,5	8,4
PU-PH	10	13,6	7,3	10,3
Autres *	15	11,3	9,8	12
Total	100	100	100	100

(1) Inclut les professeurs en 2009.

(2) Post-doctorants, ingénieurs d'études, techniciens, maîtres assistants.

Pour la première fois depuis longtemps, le pourcentage de saisines émanant des directeurs de recherche se situe sous la barre des 20 %. Les saisines concernant des chargés de recherche, ingénieurs de recherche et professeurs des universités – praticiens hospitaliers sont en diminution, alors que progressent sensiblement celles qui proviennent des professeurs des universités.

1.5 SENS DES AVIS

Tableau n° 13 - Sens des avis par nature (2009)

	Nombre d'avis	Pourcentage
Favorable	2	2,3
Favorable sous réserve	75	90,4
Défavorable	4	3,7
Défavorable en l'état	3	3,6
Total	83 (1)	100 %

On compte 83 dossiers, au lieu de 82, car un dossier comportait un double avis.

Tableau n° 14 - Sens des avis par nature et par cas de demande d'autorisation (2009)

	Favorable	Favorable sous réserve	Défavorable	Défavorable en l'état	Total
L. 413-1		12		1	13
L. 413-8		61	4	2	66
L. 413-12	2	1			3
Total	2	74	4	3	82

La très grande majorité des avis sont favorables avec réserve (plus de 90 %). Cette situation peut surprendre, mais elle s'explique essentiellement par le fait que l'octroi de l'autorisation est subordonné par l'article L. 413-8 à la conclusion d'une convention de concours scientifique entre l'entreprise privée et la personne publique. Avant la réforme introduite par la loi du 18 avril 2006 et le décret du 21 août 2006, l'avis favorable de la commission pouvait également être subordonné à la conclusion du contrat de valorisation mentionné aux articles L. 413- 1 et L. 413-8 du code de la recherche. Depuis 2006 cependant, ce contrat est conclu dans un délai maximum de neuf mois après la délivrance de l'autorisation : la commission ne peut donc plus inscrire, comme condition préalable à l'accomplissement de cette formalité, la conclusion du contrat de valorisation.

Les réserves peuvent également porter sur l'objet de l'entreprise ou sur le mode de rémunération du chercheur qui apporte son concours scientifique.

Quatre avis défavorables ont été rendus en 2009.

1) Pour deux d'entre eux, la commission a suggéré, dans son avis, le recours à la réglementation relative au cumul d'activités, puisque la réglementation issue du code de la recherche ne pouvait s'appliquer en l'espèce.

Pour les deux chercheurs concernés, la commission a émis un avis défavorable, en estimant que la collaboration envisagée entre un laboratoire et une entreprise privée n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article L.413-8, puisque le contrat de coopération en projet est un accord cadre portant sur des recherches futures et sans contreparties financières préservant les intérêts du service public.

Mais l'activité que souhaitent exercer les intéressés auprès de cette entreprise privée, qui consiste à faire bénéficier celle-ci de leur expertise dans le

domaine de la sémantique et du traitement automatique du langage naturel, sans aucune participation à la direction ou à la stratégie de l'entreprise, pourrait relever de la liste de celles qui sont susceptibles d'être exercées, à titre accessoire, après autorisation de la seule administration (articles 1^{er} et 2 du décret n° 207-658 du 2 mai 2007), sans qu'il soit nécessaire de saisir la commission de déontologie.

La collaboration entre les partenaires publics du laboratoire et l'entreprise privée doit cependant être organisée dans le cadre d'un accord de coopération permettant de préserver les intérêts du service public, notamment en matière de propriété intellectuelle (avis n° 09.AR020 et n° 09.AR021 du 11 mars 2009).

2) La commission a également eu à connaître du cas d'un agent qui demandait à participer au capital social d'une entreprise alors qu'il avait, au cours des cinq années précédant cette prise de participation, exercé, en qualité de fonctionnaire ou d'agent public, un contrôle sur cette entreprise ou participé à l'élaboration ou à la passation de contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche : la commission, se basant sur les termes de l'article L. 413-10 du code de la recherche, n'a pu que rendre en l'espèce un avis défavorable, concernant d'ailleurs la seule prise de participation au capital, la demande de concours scientifique de l'agent faisant par ailleurs l'objet d'un avis favorable (avis n° 09.AR025 du 13 mai 2009).

3) Le quatrième avis défavorable est celui mentionné au point 2.5 et relatif aux relations entre une entreprise de droit étranger, un organisme public de recherche étranger, et les deux universités françaises composant l'unité mixte de recherche dans laquelle l'agent désirant apporter son concours scientifique à l'entreprise de droit étranger exerce ses fonctions.

1.6 SUITES DONNEES AUX AVIS

Les articles L. 413-5, L. 413-10 et L. 413-13 disposent que la commission « est tenue informée, pendant la durée de l'autorisation et durant trois ans à compter de son expiration ou de son retrait, des contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche. Si elle estime que ces informations font apparaître une atteinte aux intérêts matériels et moraux du service public de la recherche, la commission en saisit l'autorité administrative compétente ».

La plupart des contrats qui ont été reçus au cours de l'année 2009 ont été conformes aux réserves formulées par la commission.

Il convient de rappeler aux administrations et aux établissements ayant saisi la commission de demandes d'autorisation qu'ils sont tenus de transmettre ces contrats et conventions à la commission, dès leur signature. La pratique montre d'ailleurs que ce délai de neuf mois est un délai minimum, les établissements se trouvant en général juste à la limite, voire légèrement au-delà.

2. LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION

2.1 COMPETENCE DE LA COMMISSION

La commission n'est pas compétente pour se prononcer sur les régimes fiscal et social de l'intéressé qui sollicite l'autorisation d'exercer un concours scientifique rémunéré, dès lors qu'ils sont sans incidence sur l'exercice dudit concours (cas de l'agent qui adopte le régime dit de l'auto-entrepreneur pour percevoir la rémunération attachée au concours scientifique – avis n° 09.A066 et 09.A067 du 14 octobre 2009).

2.2 INFORMATION DE LA COMMISSION

En application de l'article L. 413-10 du code de la recherche, la commission doit être rendue destinataire de tous les contrats et conventions conclus entre l'entreprise et le service public de la recherche, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce ; à l'avenir, et conformément à ce même article, l'organisme public ainsi que l'intéressé communiqueront à la commission les éléments relatifs aux brevets qui vont prochainement faire l'objet d'accords de co-propriété (avis n° 09.A063 du 14 octobre 2009).

La convention de concours scientifique doit prévoir une information de la commission de déontologie sur le montant de la rémunération de l'agent public qui apporte son concours scientifique, calculée en pourcentage des ventes nettes portant sur les produits du contrat de communication de savoir-faire (avis n° 09.AR064 du 14 octobre 2009).

2.3 AGENTS POUVANT BENEFICIER DES DISPOSITIONS DU CODE DE LA RECHERCHE

Un professeur certifié peut bénéficier des dispositions du code de la recherche, à la condition qu'il s'agisse de valoriser des travaux de recherche dont les résultats ont été obtenus au sein d'une équipe de recherche reconnue (avis n° 10.AR002 du 13 janvier 2010).

2.4 APPLICATION DES ARTICLES L. 413-1 ET SUIVANTS DU CODE DE LA RECHERCHE

Un maître de conférence des universités mis en délégation pour créer une entreprise au titre des articles L. 413-1 et suivants du code de la recherche cesse toute activité au titre du service dont il relève, mais peut toutefois exercer des activités d'enseignement ressortissant à sa compétence dans des conditions fixées par le décret n° 87-889 du 29 octobre 1987, tel qu'il a été modifié par le décret n° 2000-1331 du 22 décembre 2000 : ainsi, les vacations correspondant à ces activités ne sauraient dépasser « soixante-quatre heures de cours, quatre-vingt-seize heures de travaux dirigés ou cent quarante-quatre heures de travaux pratiques annuellement, ou toute combinaison équivalente" (avis n° 09.AR009 du 11 février 2009).

L'article L. 413-6 du code de la recherche permet au chercheur qui a créé une entreprise valorisant les travaux de sa recherche dans le cadre de la procédure prévue aux articles L. 413-1 et suivants de ce même code, de demander, après sa réintégration, à bénéficier de la possibilité d'apporter son concours scientifique à l'entreprise et de participer au capital de l'entreprise qu'il a quittée, selon la procédure prévue aux articles L. 413-8 et suivants. Pendant la période intermédiaire entre la réintégration dans l'administration et la demande d'autorisation, l'intéressé ne doit cependant pas avoir exercé un contrôle ou participé à la surveillance de l'entreprise (avis n° 09.AR018 du 11 mars 2009).

2.5 APPLICATION DES ARTICLES L. 413-8 ET SUIVANTS DU CODE DE LA RECHERCHE

A. CONTENU DE LA CONVENTION DE CONCOURS SCIENTIFIQUE

La commission a donné un avis favorable à une demande d'autorisation de concours scientifique, sous réserve que la convention de concours scientifique passée entre l'entreprise et les organismes publics précise que la clause relative au temps consacré à l'activité de consultance soit modifiée de manière à stipuler que l'intéressé y consacre, en moyenne, une durée annuelle qui ne peut pas être inférieure à ce qu'implique la mise en œuvre efficace du contrat de valorisation (avis n° 10.AR003 et 10.AR004 du 13 janvier 2010).

Lorsqu'un fonctionnaire appartient à une unité mixte, la convention de concours scientifique doit être signée par tous les organismes qui sont membres de cette unité ; le fonctionnaire lui-même ne peut signer la convention ; enfin, le montant de la rémunération versée à l'intéressé doit être indiqué dans cette convention (avis n° 09.AR010 du 11 février 2009).

B. CONCOURS SCIENTIFIQUE ET UNIVERSITE DE DROIT ETRANGER : RELATION AVEC LES ETABLISSEMENTS FRANCAIS

Un professeur des universités demande l'autorisation d'apporter son concours scientifique à une entreprise de droit étranger, implantée en Californie. Cette entreprise a conclu un contrat de valorisation avec le California Institute of Technology (Caltech), qui agissait en son nom et en celui de l'un des deux organismes français dont dépend l'unité mixte de recherche (UMR) où l'intéressé exerce ses fonctions :

- la convention de concours scientifique devra être signée par l'entreprise et les deux organismes de recherches composant l'UMR ;

- un contrat valant règlement de co-propriété devra être signé entre les deux organismes français dont dépend l'UMR ;

- l'organisme public partie au contrat de valorisation devra informer l'autre organisme sur les contrats signés dans le cadre de la valorisation des travaux menés par l'intéressé ;

- le contrat de valorisation signé entre Caltech et l'un des deux organismes devra, dans les meilleurs délais possibles, être modifié afin que les droits de propriété de l'autre organisme sur certains des brevets y soient mentionnés (avis n° 09.AR058 du 9 septembre 2009).

C – PARTICIPATION AU CAPITAL POSTERIEURE A L'APPORT DE CONCOURS SCIENTIFIQUE

Un agent peut, dans un premier temps, demander l'autorisation d'apporter son concours scientifique à une entreprise privée, puis, dans un second temps, celle de participer au capital de ladite entreprise : les deux démarches ne sont pas nécessairement simultanées (avis n° 09.AR081 du 16 décembre 2009).

2.6 CONTRAT DE VALORISATION

Dans le cadre des dispositions des articles L. 413-8 et suivants du code de la recherche, la société à laquelle le chercheur apporte son concours scientifique doit conclure avec la ou les personne(s) publique(s) dont celui-ci dépend un contrat de valorisation des travaux réalisés par cet agent dans l'exercice de ses fonctions : en l'espèce, la société n'a conclu aucun contrat de valorisation avec l'une ou l'autre des personnes publiques intéressées. La circonstance que l'une de ces personnes publiques a conclu un contrat portant sur l'exploitation d'un portefeuille de brevets avec un organisme de recherche public de droit étranger, qui, lui, a conclu un contrat avec la société, n'est pas de nature à révéler l'existence du contrat prévu par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 413-8 du code de la recherche nonobstant le projet, entre les deux personnes publiques dont dépend le chercheur, « d'un contrat valant règlement de copropriété » (avis n° 09.AR029 du 13 mai 2009).

Une solution a pu être trouvée sur le fondement des dispositions du VI de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, qui permettent à l'administration, liée par un avis défavorable de la commission, de demander une seconde délibération à la commission : un avis favorable sous réserve a alors pu être rendu compte tenu des modifications apportées (voir ci-dessus avis n° 09.AR058 du 9 septembre 2009).

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

Un fonctionnaire peut présider le conseil de surveillance d'une société anonyme, si une telle participation est de nature à favoriser la diffusion des résultats de la recherche publique, et à la condition que l'intéressé ne perçoive aucune rémunération autre que celle prévue à l'article L. 225-83 du code de commerce, à titre de jetons de présence, alors même que les statuts de ladite société prévoient que le conseil de surveillance fixe la rémunération de son président et de ses vice-présidents (avis n° 09.AR072 du 18 novembre 2009).

Un chercheur peut être autorisé, à titre personnel, à participer au conseil d'administration d'une société dont il détient une part du capital social et qui a pour objet de favoriser la diffusion des résultats des travaux de la recherche publique, en application des articles L. 413-12 et suivants du code de la recherche ; il ne peut, toutefois être autorisé à y participer en qualité de représentant de la société à laquelle il apporte par ailleurs son concours scientifique, en application des articles L. 413-8 et suivants de ce même code (avis n° 09.A030 du 13 mai 2009).

CONCLUSION

1- Le rapport d'activité de la commission pour l'année 2008 avait souligné que plusieurs aménagements des textes de 2007 étaient nécessaires. A la date où ce rapport est établi, la plupart des aménagements demandés l'année dernière sont intervenus ou sont en voie de l'être.

1° La commission avait demandé que la procédure de traitement des dossiers de demandes de cumul soit alignée sur celle applicable aux agents cessant leurs fonctions. La loi du 3 août 2009 autorise la président de la commission à traiter par ordonnance les cas les plus simples. Un décret en cours de signature devrait étendre aux demandes de cumul la procédure d'avis tacite.

2° La commission s'était interrogée sur l'avenir du régime du cumul, dans la mesure où d'une part la durée de deux ans apparaissait insuffisante pour s'assurer du succès durable d'une entreprise créée, et où d'autre part, le régime du cumul était utilisé par certains agents pour créer des activités qui, eu égard à leur nature, avaient peu de chance au terme de la période de cumul de pouvoir constituer une activité dont l'intéressé serait susceptible de retirer l'essentiel de ses revenus professionnels. La loi du 3 août 2009 a porté la durée du cumul autorisé de deux à trois ans. Un décret en cours de signature devrait élargir et préciser la notion d'activité accessoire, de sorte que certaines activités secondaires, exercées aujourd'hui sous le régime du cumul, pourront être poursuivies sans limitation de durée, avec l'autorisation de l'administration dont relève l'agent, en tant qu'activité accessoire. La distinction entre activité exercée sous le régime du cumul et activité accessoire correspondra ainsi mieux à la réalité. Il en résultera nécessairement que l'agent qui a créé une activité sous le régime du cumul devra inévitablement l'abandonner lorsqu'au terme du délai de trois ans il constatera qu'il ne peut pas en retirer des ressources équivalentes à celles que lui procure son activité d'agent public. Les administrations devront veiller fermement à ce qu'il en soit ainsi.

3° La saisine obligatoire de la commission par les membres des cabinets ministériels, prévue par la loi du 3 août 2009 a été, en l'état des informations dont dispose la commission, exactement respectée.

4° *La procédure d'information de la commission des départs des membres des cabinets des présidents des collectivités territoriales, prévue par la loi du 3 août 2009, n'a pu encore être mise en œuvre dans l'attente de la publication du décret d'application en cours de signature. .*

5° *En dehors de l'hypothèse prévue au 4° ci-dessus, l'exercice par le président de la commission de son pouvoir d'autosaisine risque de s'avérer assez difficile à mettre en œuvre en raison du bref délai imparti pour l'autosaisine (dans les dix jours suivant le départ de l'agent) et de l'absence de circuit d'information organisé aboutissant à la commission.*

II- L'année 2009 appelle par ailleurs d'autres remarques générales sur l'activité de la commission.

1° *Les saisines de la commission pour avis sur une demande de cumul sont désormais nettement plus nombreuses que les demandes pour avis sur une cessation d'activité. Les premières représentent 60% de l'activité de la commission. D'une part la saisine de la commission en cas de demande de cumul est dans tous les cas obligatoire, contrairement au cas de la cessation d'activité. D'autre part le succès du statut d'auto-entrepreneur a fortement contribué à l'augmentation des demandes. On peut espérer qu'une meilleure définition de la frontière entre les activités relevant du cumul dont la commission est saisie, et les activités accessoires, relevant de la seule autorisation de l'administration, permettra à l'avenir de freiner la croissance du flux des demandes de cumul.*

2° *La commission a constaté, encore plus clairement que les années précédentes, que les autorités administratives indépendantes posaient un problème spécifique en raison des modalités de recrutement de leurs personnels. Ces autorités sont, pour exercer la compétence que la loi leur a confiée, obligées de recruter des spécialistes dans le secteur privé concurrentiel qui n'ont pas d'équivalent dans la fonction publique. Ces spécialistes ont vocation à travailler trois ou quatre ans auprès de l'autorité administrative indépendante qui les a recrutés, avant de repartir dans le secteur d'où ils proviennent et qui, par définition, est dans le champ du contrôle de l'autorité. On conçoit que, dans ces conditions, le départ de ces spécialistes s'avère particulièrement délicat, au risque de tarir le recrutement des autorités administratives indépendantes. L'application des règles générales peut, dans ce cas particulier, s'avérer pour partie inadaptée. Sans doute pourrait-on imaginer un régime dans lequel chaque autorité administrative indépendante se doterait, sous le contrôle de la commission de déontologie, d'une charte déontologique propre, destinée à prévoir, dans le respect de l'esprit des règles générales, les précautions à observer pour permettre aux agents recrutés de repartir normalement dans le secteur dont ils proviennent.*

3° La commission a été informée des critiques adressées par certains milieux scientifiques aux procédures qui permettent aux personnels de la recherche publique de valoriser les résultats de leur recherche dans le secteur privé. Il est notamment reproché à ces procédures d'être trop lentes et trop lourdes, alors que l'exploitation des résultats d'une découverte est, dans un monde concurrentiel, urgente. Certaines des critiques ne tiennent pas compte des améliorations apportées par la loi de programme du 18 avril 2006 pour la recherche. Pour sa part, la commission constate que, selon les organismes de recherche et selon les universités, les services chargés de la valorisation maîtrisent bien ou moins bien les régimes offerts aux chercheurs (il en existe trois sans compter le régime de droit commun de cumul pour création d'entreprise). Des retards importants peuvent résulter de l'insuffisante maîtrise de ces services. Compte tenu de l'importance de la valorisation de la recherche publique, un recensement des obstacles pratiques qui retardent anormalement le déroulement des procédures mériterait d'être dressé.

III- Comme l'année précédente, la commission souhaite, en conclusion, rappeler les conditions dans lesquelles elle exerce son activité en toute indépendance. Sa formation collégiale, l'origine de ses membres et de ses rapporteurs, son fonctionnement quasi-juridictionnel assurent l'application, dans une totale neutralité, des critères dégagés par sa jurisprudence.

En premier lieu, l'efficacité du contrôle déontologique qu'elle exerce ne saurait se mesurer à la proportion des avis d'incompatibilité qu'elle rend. Le nombre limité de ces avis résulte de ce que la très grande majorité des dépôts envisagés qui s'avèreraient incompatibles avec la déontologie, sont stoppés en amont lors des réponses faites aux demandes d'information adressées par les administrations ou les agents au secrétariat de la commission : les dossiers ne sont alors pas présentés. En outre, il est rare qu'un agent dont le dossier a été transmis à la commission, maintienne sa demande lorsque le rapporteur désigné par la commission pour instruire l'affaire lui fait part d'objections sérieuses fondées sur la jurisprudence : le dossier est alors retiré avant son examen par la commission en séance. En définitive, la plupart des avis d'incompatibilité résultent de l'obstination d'agents qui comprennent mal les textes et la jurisprudence. Par ailleurs, les réserves importantes dont la commission assortit fréquemment ses avis favorables, conduisent un nombre significatif d'agents à renoncer à leur projet ou à le modifier.

En deuxième lieu, la commission se borne à appliquer les textes sur la déontologie tels qu'ils ont été votés par le législateur, en les interprétant conformément aux règles d'interprétation fixées par le Conseil d'Etat. Les critères déontologiques légaux étant demeurés les mêmes, pour l'essentiel, après l'adoption de la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, la commission maintient la jurisprudence qui est la sienne depuis 1995. La sécurité juridique dépend de la stabilité de cette jurisprudence qui ne saurait à l'évidence, sans que la commission manque à sa mission, varier au gré des cas d'espèce dont elle est saisie.

En troisième lieu, la commission fonde ses avis sur un examen attentif des faits de chaque espèce. Les investigations sont conduites par des rapporteurs expérimentés et indépendants qui vérifient par des recoupements les informations qui leur sont fournies par l'agent et son administration. Les avis donnés résultent de la qualification juridique, au regard des textes applicables, de faits dont la commission s'efforce de contrôler l'exactitude matérielle.

Ce rapport est le troisième présenté par la Commission de déontologie issue de la réforme introduite par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 et compétente pour les trois fonctions publiques.

La commission est saisie, dans certains cas à titre obligatoire, dans d'autres cas à titre facultatif, pour donner un avis sur le départ des agents publics vers le secteur privé. Elle se prononce en outre sur les déclarations des fonctionnaires qui souhaitent cumuler leurs fonctions avec la création ou la reprise d'une entreprise privée, ou bien sur celles des dirigeants d'entreprise privée recrutés dans la fonction publique et souhaitant poursuivre leur activité. Elle donne enfin un avis sur les autorisations demandées par des chercheurs pour participer à la création ou aux activités d'entreprises valorisant les résultats de leurs travaux.

Le rapport comporte deux parties. La première traite du cas des agents des trois fonctions publiques cessant leurs fonctions ou bien demandant à exercer un cumul. La seconde concerne les avis sur la participation des chercheurs à la création d'entreprise ou aux activités des entreprises existantes. Chacune de ces parties comprend un bilan statistique et une analyse de jurisprudence.

En conclusion, la Commission formule des remarques pour l'amélioration de son fonctionnement.

Fonction publique : faits et chiffres

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

Politiques d'emploi public

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

Ressources humaines

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

Etudes et perspectives

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

Statistiques

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

Point Phare

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

Intradoc

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