Le [redacted],

[redacted] ,

Vous avez saisi, le [redacted] , le collège de déontologie de la fonction publique territoriale des départements du Doubs, du Jura, du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et du Territoire de Belfort d'une question relative à un départ dans le secteur privé. Vous trouverez ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues, qui porte le n° 20004.

Votre situation

Vous êtes agent public, titulaire, de catégorie C. Vous exercez les fonctions d'auxiliaire de puériculture à temps non complet, à raison de 28h hebdomadaires, au sein de la halte-garderie [redacted] .

Vous informez le collège des référents déontologues de votre volonté d'ouvrir une micro-crèche d'une capacité d'accueil de dix places.

Vous souhaitez savoir si un tel projet est compatible avec vos obligations déontologiques d'agent public, et si oui, quelles en sont les modalités.

Cadre juridique

I. Sur le départ dans la fonction publique territoriale

Vous informez le collège des référents déontologues de votre souhait de quitter la fonction publique territoriale. Vous mentionnez vouloir, soit solliciter une rupture conventionnelle, soit présenter votre démission. Le collège de déontologie souhaite toutefois attirer votre attention sur la circonstance qu'il vous est également possible de demander une mise en disponibilité, pour exercer votre activité privée lucrative ; ce qui reviendrait à un départ temporaire dans le secteur privé.

Il convient, dès lors, d'étudier ces trois cas successivement.

A. <u>La rupture conventionnelle</u>

1. Le principe de la rupture conventionnelle

La loi du 6 août 2019 relatif à la transformation de la vie publique a introduit dans les emplois publics un dispositif de rupture conventionnelle calqué sur le modèle de celui existant en droit du travail. Ce nouveau dispositif est entré en vigueur au 1er janvier 2020.

Nouveau cas de cessation définition des fonctions de l'agent, la rupture conventionnelle est une **rupture négociée** qui entraîne, sur le fondement de l'article 24 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, la radiation des cadres et la perte de la qualité de fonctionnaire.

2. La procédure de rupture conventionnelle

La procédure de rupture conventionnelle se déroule en quatre étapes :

Etape 1 : La décision de recourir à la rupture conventionnelle

La procédure de la rupture conventionnelle peut être engagée à l'initiative de l'agent public ou de l'autorité territoriale dont il relève. Le demandeur, la partie à l'initiative de la rupture conventionnelle informe l'autre partie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou remise en mains propres contre signature. Lorsque la demande émane de l'agent, il a le choix d'adresser son courrier soit aux services des ressources humaines, soit à l'autorité territoriale.

Etape 2 : L'entretien préalable à la rupture conventionnelle

Un entretien relatif à la demande de rupture conventionnelle doit avoir lieu dans un délai compris entre dix jours et un mois au plus à compter de la date de la réception de la lettre de demande de rupture conventionnelle. En ce qui concerne la conduite de l'entretien, pour un agent public titulaire, il est effectué en présence de l'agent, éventuellement assisté par un conseiller désigné par une organisation syndicale représentative de son choix, et « l'autorité hiérarchique, ou l'autorité territoriale, ou l'autorité investie du pouvoir de nomination dont relève le fonctionnaire ou son représentant ». Durant l'entretien, différents points doivent être abordés, comme les motifs de la demande et le principe de la rupture conventionnelle, la fixation de la date de cessation définitive des fonctions, le montant envisagé de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle, les conséquences de la cessation définitive des fonctions, notamment le bénéfice de l'assurance chômage, l'obligation de remboursement auquel l'agent peut être soumis, le respect des obligations déontologiques.

Etape 3 : La conclusion de la convention de rupture conventionnelle

Les termes et les conditions de la rupture conventionnelle sont énoncés dans une convention « établie selon le modèle défini par un arrêté du ministre chargé de la fonction publique » et signée par les deux parties. La signature de la convention a lieu au moins 15 jours après le dernier entretien, à une date arrêtée par l'autorité dont relève l'agent. Chaque partie reçoit un exemplaire de la convention signée. Cette dernière doit être versée au dossier du fonctionnaire.

Etape 4 : La cessation des fonctions

Chacune des parties dispose d'un droit de rétractation, dans les quinze jours suivants la signature de la convention de rupture conventionnelle. La rétractation s'exerce sous la forme d'une lettre recommandée avec avis de réception ou remise en mains propres. A défaut de rétractation, la cessation des fonctions intervient au plus tôt un jour après la fin du délai de rétractation.

3. Sur les effets de la rupture conventionnelle

La cessation des fonctions entraîne le plein effet de la convention de rupture, c'est-à-dire :

- La radiation des cadres et la perte de la qualité de fonctionnaire,
- Le versement de l'indemnité de rupture conventionnelle,
- L'impossibilité d'être recruté en tant qu'agent public dans les six années suivant la rupture, à moins de rembourser cette indemnité,
- La possibilité de bénéficier des indemnités de chômage si l'agent remplit les conditions d'ouverture de ce droit.

B. <u>La démission</u>

L'article 96 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale prévoit que « *la démission ne peut résulter que d'une demande écrite du fonctionnaire marquant sa volonté non équivoque de cesser ses fonctions* ».

1. Les règles de forme entourant la démission

En vertu de l'article 96 de la loi du 26 janvier 1984 précitée, la demande de démission doit être obligatoirement **formulée par écrit**. Contrairement à la demande de rupture conventionnelle, la demande de démission n'a pas à être présentée par lettre recommandée avec accusé de réception (*CE, 15 juillet 1960, Cardona*). En outre, la demande de démission doit traduire une « ***volonté non équivoque*** » de l'agent. La demande doit traduire la volonté claire, précise et explicite de l'agent de démissionner.

2. La décision de la collectivité

A la réception de la demande de démission, l'autorité territoriale doit vérifier les conditions, les circonstances dans lesquelles la décision de l'agent a été prise. Elle doit veiller à ce que la demande ne soit pas entachée de vices et qu'elle n'ait pas été exprimée sous la contrainte. L'article 96 alinéa 2 de la loi du 26 janvier 1986 précitée ajoute que « *[la démission] n'a d'effet qu'autant qu'elle est acceptée par l'autorité investie du pouvoir de nomination et prend effet à la date fixée par cette autorité* ». L'autorité territoriale est donc libre d'accepter ou de refuser la démission et dispose d'un délai **d'un mois** pour le faire (article 96 alinéa 3 de la loi du 26 janvier 1986). Il est à noter que l'absence de décision dans ce délai ne peut constituer une décision implicite de rejet de l'offre de démission. La démission ne prend plein effet qu'à compter du jour où elle est expressément acceptée. A l'instar de la rupture conventionnelle, l'agent dispose d'un droit de rétractation, qui peut être enclenché tant que l'autorité territoriale n'a pas acceptée la demande de démission.

Concernant la décision de l'administration, elle relève d'un pouvoir largement discrétionnaire. Par exemple, un refus peut être fondé sur le souci de préserver l'intérêt du service ; toutefois, tout refus doit être motivé.

Une fois acceptée, la démission emporte la cessation des fonctions ; et il appartient à l'autorité territoriale d'en fixer la date d'effet.

3. Sur les effets de la démission

La démission emporte les conséquences suivantes :

- La radiation des cadres.
- La liquidation, si elle est possible, des droits à pension de l'agent.
- L'agent peut éventuellement se voir demander le reversement de certaines sommes qu'il a perçues de l'administration, comme :
    - Celle compensant l'obligation de servir (article 3 de la loi n°84-594 du 12 juillet 1984)
    - L'indemnité forfaitaire pour formation personnelle (article 13 du décret n°2007-1845 du 26 décembre 2007)
    - La prime d'installation (article 6 du décret n°90-938 du 17 octobre 1990)
- L'agent peut prétendre au bénéfice d'une indemnité de départ volontaire (dont les conditions sont fixées par le décret n°2009-1594 du 18 décembre 2009)
- L'ouverture des droits aux allocations de chômage (leur versement est limité aux cas de démission pour motif légitime et dans le cadre d'une restructuration du service)

C. <u>Sur la demande de mise en disponibilité</u>

1. Le principe de la mise en disponibilité

En vertu de l'article 72 de la loi du 26 janvier 1984, « la disponibilité est la position du fonctionnaire qui, placé hors de son administration ou service d'origine, cesse de bénéficier de cette position, de ses droits à l'avancement et à la retraite ».

Il faut savoir tout d'abord qu'en vertu de l'article 21 du décret n°86-68 du 13 janvier 1986, la mise en disponibilité demandée par l'agent ne peut être accordée que dans les cas limitativement prévus, à savoir :

- études ou recherches présentant un intérêt général ;
- convenances personnelles
- **lorsque l'agent souhaite créer ou reprendre une entreprise (article 23 du décret du 13 janvier 1986, précité)**

Votre situation de création d'une halte-garderie relèverait d'une demande de mise en disponibilité pour créer une entreprise.

La durée de mise en disponibilité pour création d'entreprise ne peut excéder deux ans (article 23 alinéa 2 du décret précité). Au bout de ces deux ans, l'agent devra demander :

- soit sa réintégration dans son cadre d'emploi d'origine
- soit un renouvellement de sa disponibilité, cette fois pour convenances personnelles conformément à l'article 21 du décret précité, pour une durée maximale supplémentaire de 3 ans.

Ces demandes doivent être effectuées dans les trois mois au moins avant l'expiration de la disponibilité.

La demande de mise en disponibilité doit également répondre à des exigences procédurales.

2. La procédure de mise en disponibilité

L'article 72 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 prévoit que la commission administrative paritaire (CAP) doit être saisie par le fonctionnaire intéressé. La CAP examine toutes demandes de disponibilité. Ensuite, la demande de mise en disponibilité est soumise à l'autorité territoriale de l'agent. La mise en disponibilité doit être prononcée par une décision de l'autorité territoriale (article 18 du décret n°86-68 du 13 janvier 1986). L'autorité ne peut s'opposer à la demande de mise en disponibilité de l'agent que pour des motifs liés aux nécessités du service, à une incompatibilité entre l'activité privée lucrative envisagée dans le cadre de la disponibilité et les fonctions exercées dans les trois dernières années précédant la mise à disponibilité pour création d'entreprise.

3. Les effets de la mise en disponibilité pour création d'entreprise

Les effets de la mise en disponibilité pour création d'entreprise sont divers :

- Par exception à l'article 72 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984, le fonctionnaire qui exerce une activité professionnelle au cours d'un disponibilité conserve ses droits à l'avancement d'échelon ou de grade pendant une durée maximale de cinq ans.
- L'agent cesse de bénéficier de ses droits à la retraite pendant une disponibilité.
- L'agent ne perçoit aucune rémunération de la part de sa collectivité d'origine.
- L'agent relevant du régime spécial de la sécurité sociale peut continuer à relever du même régime sous conditions.

Solution

Ainsi, plusieurs possibilités s'offrent à vous pour créer une activité dans le secteur privé :

- Soit vous souhaitez <u>définitivement</u> quitter la fonction publique, vous opterez alors pour une rupture conventionnelle ou une démission.
- Soit vous souhaitez dans un premier temps quitter <u>temporairement</u> la fonction publique, en présentant une demande de mise en disponibilité.

II. Les obligations déontologiques avant et après le départ dans le secteur privé

A. L'avis de compatibilité entre les fonctions anciennement exercées et l'activité privée lucrative envisagée

L'agent quittant la fonction publique pour le secteur privé, doit respecter des obligations déontologiques, listées aux articles 18 et suivants du décret 2020-69 du 30 janvier 2020.

1. L'information de l'autorité dont dépend l'agent

D'abord, en application de ces dispositions, tout agent souhaitant quitter ses fonctions dans le secteur public pour le secteur privé doit**, par écrit, informer l'autorité territoriale dont il dépend, au minimum trois mois avant le début de l'exercice de son activité privée.**

En outre, durant trois ans il devra informer l'administration de tout changement d'activité (toujours trois mois avant chaque changement) afin que puisse être vérifiée la compatibilité de sa nouvelle activité avec ses anciennes fonctions du secteur public.

2. Le contrôle de compatibilité

- La procédure du contrôle déontologique

Un contrôle déontologique doit être effectué. Ce contrôle déontologique revient à un contrôle de compatibilité entre les fonctions exercées et l'activité privée lucrative envisagée. Initialement, l'autorité chargée de ce contrôle était la commission de déontologie. Cependant, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2019 relative à la transformation de la vie publique, l'autorité chargée d'effectuer ce contrôle diffère selon les cas.

Depuis le 1er février 2020, la commission de déontologie est absorbée par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (ci-après HATVP), autorité administrative indépendante. Cette dernière conserve les compétences de l'ancienne commission de déontologie.

Cependant, il ne s'agira plus de saisir directement la HATVP. La procédure est modifiée.

Désormais, l'agent territorial souhaitant quitter la fonction publique pour exercer une activité privée lucrative doit, en premier lieu, **s'adresser à son autorité hiérarchique**, qui se prononcera en premier sur la compatibilité entre les fonctions exercées au cours des trois années et l'activité envisagée dans le secteur privé. En cas de doute, l'autorité hiérarchique pourra saisir le référent déontologue, qui veillera, dans le cadre d'un contrôle déontologique, à la compatibilité du projet envisagé avec les anciennes fonctions. Enfin, en cas de doute persistant qu'une analyse poussée n'aura pas permis de lever, l'autorité hiérarchique, en- faisant valoir l'avis du référent déontologue, pourra saisir la HATVP, afin qu'elle se prononce.

Et, dans le cadre d'une demande de disponibilité pour créer une entreprise (article 23 du décret du 13 janvier 1986), l'autorisation ne pourra être accordée que pour **une durée maximale de deux ans**, et, en cas de demande de prolongation de disponibilité pour convenances personnelles cette fois (article 21 du décret du 13 janvier 1986), une nouvelle autorisation pour une durée maximale de 3 ans sera nécessaire.

Passé ce délai, il vous appartiendra de choisir entre votre activité privée et vos fonctions d'agent public, en raison de votre qualité de fonctionnaire exerçant à temps complet.

❖ La forme de la saisine de l'autorité hiérarchique en vue d'un contrôle de déontologique

Un agent souhaitant quitter définitivement ou temporairement ses fonctions au sein de l'administration publique doit saisir son autorité hiérarchique de son projet. En vertu de l'arrêté du 4 février 2020 relatif aux contrôles déontologiques (article 1er), le dossier de saisine de l'autorité hiérarchique à remplir par l'agent, doit comporter les éléments suivants :

- La saisine initiale de l'agent informant l'autorité hiérarchique de son souhait d'exercer une activité privée lucrative et d'être placé, à ce titre, dans une position conforme à son statut.
- Une description du projet envisagé comportant toutes les informations utiles et circonstanciées, permettant l'appréciation de la demande par l'autorité hiérarchique ;
- Le cas échéant, les statuts ou projets de statuts de l'entreprise que l'agent souhaite créer ou reprendre ;
- Le cas-échéant, l'extrait du registre du commerce et des sociétés (extrait K ou extrait K bis) ou la copie des statuts de la personne morale que l'agent souhaite rejoindre.

B. Les activités privées interdites lors du départ dans le secteur privé

Les activités privées qui sont interdites sont celles qui sont exercées dans une entreprise privée si l'agent a été chargé, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées, d'assurer le contrôle ou la surveillance de cette entreprise, de conclure des contrats avec celle-ci ou d'émettre un avis sur de tels contrats, ou encore de proposer directement à l'autorité compétente des décisions concernant des opérations réalisées par cette entreprise ou de formuler un avis sur de telles décisions. L'interdiction vise également toute entreprise ayant avec celle que rejoint l'agent une participation en capital à hauteur de 30 %. Cette interdiction correspond à celle prévue à l'article 432-13 du Code pénal.

Sont également interdites les activités qui risqueraient de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, ou de méconnaître les principes déontologiques mentionnés à l'article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983. Ces interdictions visent non seulement des activités privées en entreprise mais aussi des activités au sein d'organismes privés ou en profession libérale. Les entreprises publiques exerçant leur activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles de droit privé sont assimilées à des entreprises privées.

NB : Le contrôle porte sur les trois années précédant le début d'exercice de l'activité privée. L'interdiction porte sur les trois années qui suivent la cessation des fonctions justifiant l'interdiction.

Conclusion

En résumé, il vous est parfaitement possible de quitter la halte-garderie de la ville [redacted], pour créer une crèche d'une capacité d'accueil de 10 places.

Il vous revient, cependant de choisir entre un départ temporaire ou définitif de la fonction publique, pour exercer cette activité privée lucrative.

Votre hiérarchie doit être tenue informée de la nature de votre activité privée, pour qu'elle l'autorise et veille à la compatibilité entre celle-ci dernière et vos anciennes fonctions au sein de l'administration.

Quoi qu'il en soit, pendant la durée de votre activité privée, qui devra être reconnue comme compatible avec vos fonctions d'agent public, il faudra vous conformer aux éventuelles réserves émises par votre ancien employeur public, respecter vos obligations d'agent public, telles que le devoir de réserve, et veiller à ne pas créer de situation de conflit d'intérêts. A cet égard, il vous sera possible, en cas de doute ou de difficultés, de saisir le collège de référents déontologues de questions précises sur des cas particuliers relatifs, par exemple, à votre devoir de réserve ou à un possible conflit d'intérêts.

Nous vous prions d'agréer, [redacted] , l'expression de notre meilleure considération et nous restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Les référents déontologues

Xavier Faessel Danièle Mazzega Cécile Hartmann