



Le [REDACTED],

[REDACTED],

Par une demande en date du [REDACTED], vous avez saisi 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 une demande de disponibilité. Elle a été enregistrée sous le n°20017. Vous trouverez ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues.

## Votre situation

---

Vous êtes agent contractuelle de la fonction publique, de catégorie C. Vous occupez le poste d'animatrice périscolaire. Vous exercez à temps non complet (26,5h) au sein de la commune [REDACTED].

Vous souhaitez demander une disponibilité pour convenances personnelles afin d'intégrer l'association de votre commune de résidence, ayant pour projet l'ouverture d'un périscolaire, en septembre prochain.

Vous souhaitez savoir s'il existe des obstacles déontologiques à l'exercice de cet emploi. Vous vous demandez également si le contrat futur conclu avec l'association, doit être qualifié de contrat à durée déterminée ou de contrat à durée indéterminée.

## Cadre juridique

---

### I. Sur la demande de disponibilité

#### A. Sur le principe de la disponibilité pour un agent public contractuel

En vertu de l'article 12 bis de la loi du 13 juillet 1983, la disponibilité est l'une des positions statutaires dans lesquelles l'agent public territorial est susceptible d'être placé. Cependant, elles ne s'appliquent pas pour les agents contractuels et stagiaires. Seul un agent public titulaire peut bénéficier d'une disponibilité.

Toutefois, selon le décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, l'agent public contractuel peut bénéficier d'un congé non rémunéré pour les mêmes motifs qu'une disponibilité d'un agent public titulaire.

Notamment, en vertu de l'article 17 du décret du 15 février 1988, l'agent public contractuel « employé pour une durée indéterminée peut solliciter, dans la mesure compatible avec l'intérêt du service, un congé sans rémunération pour convenances personnelles ».

Cette possibilité est soumise à des conditions déterminées (article 17 du décret du 15 février 1988):

D'abord, l'agent contractuel doit être employé dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée.  
En l'occurrence, le contrat conclu le 12 décembre 2012 entre la commune de [REDACTED] et vous-même, fait bien état d'une durée indéterminée.

Ensuite, l'agent ne doit pas avoir bénéficié au cours des 6 dernières années :

- D'un congé pour création d'entreprise
- D'un congé pour formation pour une durée au moins équivalente à 6 mois.

En l'espèce, il conviendrait de vérifier que vous n'avez pas bénéficié de ces types de congés dans les six dernières années d'exercice de vos fonctions au sein de la mairie de [REDACTED].

Enfin, ce congé est accordé à l'agent contractuel sous réserves des nécessités du service, c'est-à-dire des raisons objectives et particulières, tenant à la continuité du fonctionnement du service, pouvant justifier le refus par l'administration d'un droit ou d'un avantage à un agent public.

Une fois les conditions remplies, le congé peut être accordée pour « *une durée maximale de trois ans renouvelables dans la limite d'une durée totale de dix années pour l'ensemble des contrats avec les administrations* » (article 17 alinéa 2 du décret du 15 février 1988). Cela signifie que votre congé ne devra pas excéder 3 ans pour la première demande, mais qu'il pourra être renouvelé et prolongé, dans la limite toutefois de 10 ans.

## **B. Sur les modalités de la demande de congé non rémunéré par l'agent public contractuel**

Il s'agit d'étudier le régime de la demande de congé pour convenances personnelles. A titre informatif, les modalités du renouvellement, du réemploi et de la cessation anticipée du congé demandé sont également étudiées.

### ▪ Sur la demande initiale de congé

La demande de congé doit être présentée à votre autorité territoriale au moins deux mois avant le début du congé, par lettre recommandée avec accusé de réception (article 17 alinéa 3 du décret du 15 février 1988).

### ▪ Sur la demande de renouvellement du congé

En vertu de l'article 18-1 du décret du 15 février 1988, « *l'agent sollicite, au moins trois mois avant le terme du congé, le renouvellement de son congé [...] par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ».

### ▪ Sur la demande de réemploi

L'agent contractuel sollicite sa réintégration au moins trois mois avant la date du terme du congé, par une lettre recommandée avec accusé de réception (article 18-1 I du décret du 15 février 1988).

A défaut de demande de réemploi ou de renouvellement de congé, dans le délai imparti, l'agent

est présumé renoncer à son emploi. Son autorité territoriale doit l'informer des conséquences de ce silence, par lettre recommandée avec accusé de réception (article 18-1 II du décret du 15 février 1988).

- Sur la demande anticipée de réintégration

L'agent peut demander la cessation du congé avant le terme initialement fixé. Par lettre recommandée avec accusé de réception, il peut demander sa réintégration, dans un délai de trois mois « *au terme duquel l'agent est réemployé* ». (Article 18-1 III du décret du 15 février 1988)

### **Solution**

Sous ces réserves, vous pouvez demander un congé non rémunéré auprès de la commune de [REDACTED], condition préalable à votre engagement par l'association avec laquelle vous êtes en contact.

## **II. Sur la nature du contrat de directrice périscolaire**

Vous vous demandez quelle qualification doit revêtir le contrat de travail de directrice périscolaire au sein de l'association. Ce point dépendra des projets de l'association et des choix de gestion que cette personne morale fera. En fait vous vous trouverez dans la situation ordinaire d'un salarié de droit privé auquel une entreprise commerciale adresse une offre d'embauche.

La question excède ainsi la compétence du collège de déontologie mais nous pouvons toutefois, à titre gracieux, vous donner quelques indications.

Il convient de se référer aux dispositions du code du travail.

L'article L1221-2 du code du travail dispose que « *le contrat à durée indéterminée est la forme normale et générale des relations de travail* ». Toutefois, le contrat de travail peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu dans les cas et dans les conditions du contrat de travail à durée déterminée.

Il en ressort que le contrat à durée indéterminée est le principe en droit du travail. Il est possible, a contrario de prévoir un terme fixé. Il s'agit alors d'un contrat à durée déterminée.

Le code du travail précise les cas dans lesquels il est possible de recourir au contrat de travail à durée déterminée. Ils sont au nombre de deux :

- Le CDD est justifié par des circonstances exceptionnelles, comme l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise.
- Le CDD est justifié par des circonstances usuelles, telles que la nécessité de faire face à la vacance temporaire d'un poste de travail (salarié absent ou dont le contrat est suspendu, départ définitif précédant la suppression de son poste de travail, attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par contrat à durée indéterminée, remplacement du chef d'entreprise, etc.)

En somme, en cas de conclusion d'un contrat de travail, le CDI est de principe, il est possible toutefois de conclure, dans les cas strictement déterminés par la loi, un CDD.

## **Solution**

Sous réserve de correspondre aux cas prévus par le code du travail, le CDD n'apparaît pas adapté. En effet, vous intégrez l'association dans le cadre d'un emploi durable, pour lequel un CDI est le contrat de principe. Demander un CDD auprès de votre employeur le placerait en porte-à-faux par rapport aux dispositions du code du travail, ce qui l'exposerait à une requalification (devant le Conseil des prudhommes) du CDD en CDI.

Sous réserve d'éléments d'informations dont nous ne disposerions pas, il paraîtrait plus conforme à la législation en vigueur que soit conclu un CDI, quitte à ce que vous présentiez votre démission auprès de l'association, dans le cas du non-renouvellement du congé pour convenance personnelle, et de votre réintégration dans les services de la commune de [REDACTED].

### **III. Sur le contrôle déontologique**

#### **1. Le principe du contrôle déontologique**

L'article 25 octies III de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que « *le fonctionnaire cessant définitivement ou temporairement ses fonctions saisit à titre préalable l'autorité hiérarchique dont il relève afin d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé ou de toute activité libérale avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité* ».

L'article 25 nonies II de la loi du 13 juillet 1983 précise que ces dispositions sont également applicables aux agents contractuels de droit public.

En cas de départ temporaire ou définitif d'un agent contractuel de la fonction publique un contrôle de compatibilité doit être effectué par l'autorité hiérarchique. Ce contrôle porte sur la compatibilité des fonctions exercées au cours des trois dernières années avec le projet d'activité privée lucrative envisagé par l'agent.

#### **2. Le régime du contrôle déontologique**

L'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2019 relative à la transformation de la vie publique, dans ses dispositions afférant à la déontologie, au 1er février 2020, modifie substantiellement le régime de l'exercice d'une activité privée par les agents cessant leurs fonctions.

Le décret 2020-69 du 30 janvier 2020 relatifs aux contrôles déontologiques de la fonction publique précise les modalités du contrôle déontologique dans le cas d'un départ de la fonction publique.

Il y a lieu de préciser que l'article 1<sup>er</sup> de ce décret prévoit son application aux agents contractuels de la fonction publique mentionnés à l'article 25 nonies de la loi du 13 juillet 1983 (précitée).

L'article 18 du décret du 30 janvier 2020 dispose que « *l'agent cessant temporairement ou définitivement ses fonctions [...] qui se propose d'exercer une activité privée saisit par écrit l'autorité hiérarchique dont il relève, avant le début de son activité privée* ».

Il s'agit d'une véritable demande d'autorisation d'exercice d'une activité privée. L'autorité hiérarchique examine si la nouvelle activité risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître tout principe déontologique mentionné dans la loi du 13 juillet 1983 (en son chapitre IV), ou si elle place l'agent dans une situation de prise illégale d'intérêts (article 432-13 du code pénal).

En cas de doute, l'autorité hiérarchique pourra saisir le collège de déontologie, 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 de l'agent pourra saisir la HATVP, afin qu'elle se prononce.

*N.B Auparavant, la commission de déontologie était chargée d'effectuer le contrôle déontologique portant sur la compatibilité des fonctions exercées et le projet de l'agent. Depuis le 1<sup>er</sup> février 2020, la commission de déontologie a été absorbée par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), autorité administrative indépendante. Cette dernière conserve les compétences de l'ancienne commission de déontologie, notamment en matière de départ de la fonction publique.*

Concrètement, il vous revient de demander par écrit à votre autorité territoriale une autorisation d'exercice de l'activité de directrice périscolaire, et l'informant de votre souhait d'intégrer l'association. Cette demande devra être accompagné des documents suivants :

- Le contrat d'engagement
- Une description de l'activité envisagée comportant toutes informations utiles et circonstanciées permettant l'appréciation de la demande par l'autorité hiérarchique

Il est également important de noter que tout changement d'activité dans un délai de trois ans à compter de la cessation des fonctions doit être porté à la connaissance de l'administration dont relève l'agent (article 18 du décret du 30 janvier 2020).

### **Solution**

Afin d'exercer l'emploi de directrice périscolaire, vous devez préalablement et avant le début de cette activité privée, en demander l'autorisation auprès de votre administration. Cette dernière devra contrôler la compatibilité de vos anciennes fonctions avec celles envisagées au sein de l'association. A priori, s'agissant d'une activité périscolaire qui sera exercée dans une autre commune que celle où vous êtes employée en tant qu'agent contractuelle, il ne devrait pas y avoir d'incompatibilité entre les fonctions privées envisagées et vos actuelles fonctions d'agent public.

### **Conclusion**

---

En résumé, il y a plusieurs points à souligner :

- Vous ne pouvez pas bénéficier d'une disponibilité, au sens strict, en tant qu'agent contractuelle. En revanche, vous pouvez demander à bénéficier d'un congé non rémunéré pour convenances personnelles, et ce pour une durée initiale de trois ans, renouvelable.
- Ce congé, en ce qu'il vous permet d'exercer une activité privée lucrative est considéré comme un départ temporaire de la fonction publique.

- Un tel départ nécessite un contrôle déontologique, exercé par votre autorité hiérarchique. Il porte sur la compatibilité entre les fonctions exercées au sein de l'administration au cours des trois années précédentes, et l'activité envisagée.
- Des formalités sont à respecter :
  - Pour la demande de congé : une lettre recommandée avec accusé de réception dans les deux mois maximum avant le début du congé envisagé.
  - Pour le contrôle déontologique : un écrit demandant l'autorisation d'exercice de l'activité de directrice périscolaire. Cette demande devra être accompagnée du contrat d'engagement (ou du projet de contrat) et d'une description de l'activité envisagée comportant toutes informations utiles et circonstanciées permettant l'appréciation de la demande par l'autorité hiérarchique .

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

Cécile Hartmann

Danièle Mazzega