



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 demande de contrôle déontologique relatif à une demande de mise en disponibilité d'un agent pour exercer une activité dans le secteur privé. Votre demande a été enregistrée sous le n°21014. Vous trouverez ci-dessous l'avis du collège des référents déontologiques.

La situation de Mme D, agent concernée par la saisine

Mme D est agent public de catégorie C, au grade d'adjoint d'animation, au sein de la crèche communale [REDACTED]

Par courrier reçu le 9 mars 2021, Mme D a présenté une demande de mise en disponibilité pour convenances personnelles afin d'exercer les fonctions d'aide éducatrice dans une micro-crèche, [REDACTED] société par actions simplifiée à associé unique située dans la commune [REDACTED].

Vous exprimez un doute quant à la compatibilité des fonctions envisagées par Mme D avec celles exercées au sein de la crèche municipale en ce qui concerne notamment son impartialité et sa loyauté. Elle aurait participé indirectement au recrutement par la micro-crèche d'un agent contractuel, travaillant anciennement au sein de la crèche communale. Et par ailleurs, Mme D ferait une publicité active pour la micro-crèche, dans le cadre de ses fonctions [REDACTED].

Vous craignez de la part de Mme D, qu'elle ne respecte pas les obligations de neutralité et d'impartialité qu'exige son statut d'agent public.

Cadre juridique

I. Sur la compétence du référent déontologue

La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifiée par la loi du 6 août 2019 et le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique sont les textes applicables en l'espèce.

Le référent déontologue est compétent pour connaître de la situation des agents cessant leurs fonctions au sein de l'administration et qui souhaitent rejoindre le secteur privé (article 25 octies III de la loi du 13 juillet 1983). Dans ce cadre, le référent déontologue est saisi par l'autorité hiérarchique de l'agent lorsque celle-ci émet un doute sérieux quant à la compatibilité entre les fonctions exercées par l'agent au sein de l'administration et son activité future au sein de l'entreprise privée.

L'article 1^{er} du décret du 30 janvier 2020 précise quels sont les agents concernés. Il cite notamment les fonctionnaires, au sens de l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983, ce qui inclut les fonctionnaires civils des administrations des départements.

Les dispositions de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 et du décret du 30 janvier 2020 précisent que le contrôle porte sur la compatibilité de l'activité privée envisagée avec les fonctions qui

présentent un caractère administratif exercées par l'agent dans l'administration française au cours des trois dernières années précédant le début de l'activité dans le secteur privé.

En l'espèce, Mme D est un agent public de catégorie C. Les fonctions qu'elle exerce sont bien de nature administrative. Elle cessera temporairement ses fonctions et sera placée en situation de disponibilité. Elle entend exercer une activité au sein d'une micro-crèche privée. Par suite les dispositions de la loi du 13 juillet 1983 complétées par le décret du 30 janvier 2020 lui sont applicables.

L'emploi de Mme D n'étant pas au nombre des emplois sensibles énumérés à l'article 2 du décret n° 2020-69 du 31 janvier 2020, pour lesquels l'avis de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique est requis, le référent déontologue est compétent pour contrôler, sur demande de son autorité hiérarchique, la compatibilité de l'activité privée envisagée par l'agent avec les fonctions qu'elle exerce comme agent public.

II. Sur le contrôle du référent déontologue

En application de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983, le contrôle réalisé par le référent déontologue est de deux natures. Il porte à la fois sur un volet pénal, plus spécifiquement sur l'application de la loi pénale (articles 432-12 ou 432-13 du code pénal), et sur un volet déontologique, sur le chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983).

A. Le respect de l'article 432-13 du code pénal

Le référent déontologue est chargé, en vertu de l'article 25 octies III de la loi du 13 juillet 1983, d'apprécier si l'activité privée envisagée par le fonctionnaire risque de le placer en situation de prise illégale d'intérêts, comportement réprimé par l'article 432-13 du code pénal.

Cet article 432-13 prohibe : « la prise de participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée, dans toute entreprise ayant avec elle au moins 30 % de capital commun et dans toute entreprise ayant conclu avec elle un contrat comportant une exclusivité si le fonctionnaire, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées au cours des trois dernières années :

- a été chargé d'assurer la surveillance ou le contrôle de cette entreprise ;
- a été chargé de conclure des contrats de toute nature avec cette entreprise ;
- a été chargé de formuler un avis sur des contrats de toute nature conclus avec cette entreprise;
- a été chargé de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ;
- a été chargé de formuler un avis sur des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ».

La notion de surveillance et de contrôle de l'entreprise concerne, selon l'article 432-13 du code pénal, l'agent public qui participe à la gestion ou au contrôle de l'entreprise. Cette notion est entendue largement. La cour de cassation considère que « les dispositions de l'article 432-13 du code pénal interdisent à toute personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public, à raison même de sa fonction, d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée ou d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, d'occuper un emploi dans ladite entreprise avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation des fonctions de surveillance ou de contrôle [...]». Il en résulte que même un rôle secondaire, sous la forme d'un avis exprimé, peut être retenu vis-à-vis de l'ancien fonctionnaire, quand il s'agit d'affaires dont il a eu à connaître.

Solution

Les fonctions envisagées au sein de la société [REDACTED] sont compatibles avec celles exercées précédemment au sein de la crèche communale, au sens de l'article 432-13 du code pénal, dès lors que l'intéressée dans ses fonctions au sein de la commune n'a assumé aucune mission de contrôle et n'a conclu aucun contrat avec la société [REDACTED].

B. Le respect des critères de déontologies

En vertu des articles 25 octies III de la loi du 13 juillet 1983 et l'article 24 alinéa 1 du décret du 30 janvier 2020, le référent déontologue, saisi d'un contrôle déontologique, doit s'assurer que l'activité envisagée par l'agent « ne risque pas de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître tout principe déontologique mentionné au chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983 », c'est-à-dire, la dignité, l'impartialité, l'intégrité, la probité, la neutralité, la laïcité, et l'égalité de traitement. Une atteinte à l'un de ces principes est de nature à justifier, selon l'ancienne commission de déontologie, dont la jurisprudence reste actuelle, un avis de compatibilité avec réserves.

En ce qui concerne la question de l'atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service :

C'est cette seule question qui paraît pouvoir se poser en l'espèce, les critères relatifs à la dignité, l'impartialité, l'intégrité, la probité, la laïcité et l'égalité de traitement n'appelant pas de commentaires particuliers.

Lorsque l'ancienne commission de déontologie estimait que l'activité projetée était susceptible de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, il y avait lieu de formuler en règle générale une ou plusieurs réserves, dont le respect est obligatoire pour le fonctionnaire. Une réserve habituellement émise consistait à interdire au fonctionnaire, dans le cadre de son activité privée, d'avoir des relations professionnelles avec son ancien service.

Un avis d'incompatibilité était rendu seulement si les réserves susceptibles d'être émises n'étaient pas de nature à garantir le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, ou si elles conduisaient à faire totalement obstacle à l'exercice de l'activité projetée.

Plus précisément, selon le dernier rapport d'activité de l'ancienne commission de déontologie, « 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. Les avis de compatibilité peuvent aussi être assortis de réserves, qui sont adaptées à chaque catégorie d'agents, selon la nature des fonctions exercées. L'exercice de l'activité nouvelle est encadré, tant au plan géographique que s'agissant 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... »

Ainsi, l'ancienne commission de déontologie a pu considérer qu'une technicienne territoriale en poste au service de gestion des espaces naturels d'un département pouvait rejoindre une entreprise privée intervenant dans ce domaine sous réserve qu'elle s'abstienne de toute relation professionnelle pendant trois ans avec son ancien service du Département, avec le Conservatoire du Littoral, avec diverses associations dont elle a eu à instruire les dossiers de subventions. La commission étend la réserve à une liste de collectivités territoriales et d'EPCI avec lesquels l'agent a été en relation pour le compte du département (avis n° 17T1987 du 25 juillet 2017).

Toutefois, la commission excluait, de manière générale, que le respect des principes déontologiques puisse se traduire par une obligation de non-concurrence imposée aux agents publics qui cessent temporairement ou définitivement leurs fonctions.

Dans le cas présent, il n'y a pas d'obstacle de principe au projet de Mme Doumer, mais pour éviter une atteinte au bon fonctionnement du service il serait souhaitable que l'agent, dont la nouvelle activité sera très proche de celle exercée actuellement dans le secteur public, et sera située dans la même commune, s'abstienne durant trois ans d'entrer en relation avec les usagers de la crèche municipale,

ainsi qu'avec les agents de cette crèche. Il s'agit d'une réserve qui pourra figurer dans l'autorisation qui lui sera donnée.

Solution

Concernant le volet déontologique, l'activité envisagée au sein de la société [REDACTED] est compatible avec les obligations déontologiques des fonctionnaires prévues au chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983. Une réserve devrait cependant être émise, en ce que Mme D devrait s'abstenir de toutes relations professionnelles avec la crèche communale et avec les parents fréquentant cette crèche, et ce pendant une durée de trois ans, à compter de sa prise de fonction.

III. Sur l'obligation de réserve de l'agent et le conflit d'intérêts

Vous indiquez que Mme D aurait au moins indirectement suscité la démission d'un agent de la crèche municipale, qui a été embauché par la micro-crèche privée. La question que vous soulevez ne relève pas du contrôle déontologique dans le cadre d'une cessation de fonctions, mais du comportement de l'agent durant l'exercice de ses fonctions au sein de la commune. Néanmoins, nous pouvons vous apporter les éléments d'appréciation suivants :

Manquement au devoir de réserve :

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 énonce que le « fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité ». Le principe de neutralité du service public interdit au fonctionnaire de faire de sa fonction l'instrument d'une propagande quelconque.

Dans ce cadre, l'agent doit se comporter avec retenue, réserve et être respectueux des convenances. En conséquence, le fonctionnaire ne peut avoir un comportement qui reviendrait à discréditer le service public. La jurisprudence retient une conception très large du manquement : geste, parole, écrit, de manière directe ou indirecte.

Ainsi, un contrôleur divisionnaire des fraudes manque à l'obligation de réserve, lorsqu'il écrit et vend des ouvrages contenant de la publicité en faveur des professionnels qu'il est chargé de contrôler (CE, 19 mars 1997, CANNARD, N°133338, Lebon)

Si les faits que vous rapportez sont avérés, Mme D aurait ouvertement fait la publicité de la micro-crèche [REDACTED] auprès d'usagers de la crèche communale. Un tel comportement caractérise un manquement au devoir de réserve, susceptible de sanctions disciplinaires.

Conflit d'intérêts :

En l'espèce se pose également la question d'un possible conflits d'intérêts.

En vertu de l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, ces derniers veillent à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquels ils pourraient se trouver.

Le conflit d'intérêts est défini à l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Il s'agit de « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

D'abord, le fonctionnaire doit avoir un intérêt qu'il pourrait vouloir protéger. Cet intérêt peut être direct (une autre activité professionnelle) ou indirect (l'activité professionnelle du conjoint), privé (la détention d'actions d'une entreprise) ou public (un autre mandat électif), matériel (une rémunération) ou moral (une activité bénévole ou une fonction honorifique). Il semble que ce soit bien le cas de Mme Doumer, qui dans le cadre de son activité d'agent public, fait la promotion de la micro-crèche avec laquelle elle est déjà en lien, puisque sa prise de fonctions est prévue pour le 1^{er} juin 2021.

Mais ce comportement est-il susceptible d'interférer avec l'exercice des fonctions administratives de l'intéressée, c'est-à-dire avec leur « exercice indépendant, impartial et objectif » ? Il n'apparaît pas, et vous ne mentionnez pas que le comportement de l'intéressée que vous décrivez a une influence sur sa façon de servir au sein de la crèche municipale. Dans cette mesure, une situation de conflit d'intérêts ne paraît pas caractérisée.

IV. Les sanctions en cas de non-respect des obligations déontologiques

L'article 29 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit que « toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale ».

Si une situation de conflit d'intérêt ne paraît pas caractérisée, Mme D n'en a pas moins porté atteinte à son devoir de réserve si les faits relatés sont établis. Dès lors que Mme D exerce encore ses fonctions au sein de la commune, il conviendrait à tout le moins de lui rappeler fortement ses obligations de réserve et de loyauté et de la mettre en garde contre toute action de sa part qui constituerait une faute disciplinaire.

Conclusion

En résumé, les référents déontologiques estiment qu'il n'y a pas d'obstacle déontologique au projet de Mme D de cesser temporairement ses fonctions au sein de la crèche municipale [REDACTED] pour exercer des fonctions similaires au sein d'une micro crèche privée située dans la même commune, mais proposent d'émettre une réserve quant au respect des principes déontologiques auxquels l'agent est soumis en vertu du chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983, qui porte à recommander l'absence de toute relation professionnelle entre Mme D et la crèche communale, ainsi qu'avec les usagers de ladite crèche, à la suite de sa prise de fonctions au sein de la micro crèche [REDACTED].

Par ailleurs, aucune atteinte à l'article 432-13 du code pénal n'est caractérisée.

En revanche, s'il s'avère que Mme D s'est véritablement livrée à la promotion de la crèche privée dans le cadre de ses fonctions d'agent public, elle a manqué à son devoir de réserve, sans toutefois qu'il y ait suffisamment d'éléments pour caractériser une situation de conflit d'intérêts. Elle peut éventuellement faire l'objet de poursuites disciplinaires par son administration, et à tout le moins d'une mise en garde quant à son comportement tant qu'elle est agent public en activité au sein de la commune.

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

Les référents déontologiques

Danièle MAZZEGA

Xavier FAESSEL

Cécile HARTMANN

