



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 la mise en disponibilité pour convenance personnelle d'un agent, afin qu'il exerce une activité dans le secteur privé. Votre demande a été enregistrée sous le n°21035.

Vous trouverez ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues.

La situation de Monsieur X., agent concerné par la saisine

Monsieur X. est un agent titulaire au sein de l'EPCI [REDACTED]. Il est fonctionnaire de catégorie A, au grade d'attaché.

Par un courriel du [REDACTED], Monsieur X. a présenté une demande de mise en disponibilité pour convenances personnelles afin d'exercer les fonctions de directeur général adjoint chargé du développement au sein de [REDACTED], société d'économie mixte (SEM) créée en [REDACTED] par [REDACTED] et qui a son siège dans la commune de [REDACTED]

Vous vous questionnez sur la compatibilité des activités publiques de Monsieur X. avec son projet d'intégrer la direction de la SEM, société dont il a déjà assuré la surveillance ou le contrôle durant ses trois dernières années de service, et qui est chargée de mettre en œuvre une politique de développement économique via la mise en place de solutions de portage immobilier (location de terrains et autres biens immobiliers). Vous sollicitez à ce titre un avis du collège de déontologie.

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 au cas d'espèce. Le référent déontologue est compétent pour connaître de la situation des agents cessant temporairement ou définitivement 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), et qui n'entrent pas dans les cas énumérés à l'article 2 du décret du 30 janvier 2020 pour lesquels la Haute Autorité pour la Transparence de la vie publique (HATVP) est compétente. A ce titre, 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 1er 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 communes et de leurs établissements publics. 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, Monsieur X. est un agent public titulaire de catégorie A. Les fonctions qu'il exerce au sein de l'EPCI sont bien de nature administrative. Il souhaite cesser temporairement ses fonctions pour être placé en situation de disponibilité, et entend exercer une activité au sein d'une SEM. Partant, les dispositions de la loi du 13 juillet 1983 complétées par le décret du 30 janvier 2020 lui sont applicables.

En l'espèce, la situation de l'agent relève des dispositions de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique énumère les emplois soumis à un contrôle par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Elle dispose à son article 11, III que :

*« Les obligations et les dispenses prévues au présent article sont applicables aux présidents et aux **directeurs généraux** :*

*(...) 5° **Des sociétés et autres personnes morales, quel que soit leur statut juridique, autres que celles mentionnées aux 1° et 3° du présent III, dont le chiffre d'affaires annuel, au titre du dernier exercice clos avant la date de nomination des intéressés, dépasse 750 000 €, dans lesquelles les collectivités régies par les titres XII et XIII de la Constitution, leurs groupements ou toute autre personne mentionnée aux 1° à 4° du présent III détiennent, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital social ou qui sont mentionnées au 1° de l'article L. 1525-1 du code général des collectivités territoriales.** (...)*

La nomination des personnes mentionnées au présent III (...) est considérée comme nulle si, à l'issue du délai d'un mois prévu au V de l'article 4, l'une des déclarations prévues lors de l'entrée en fonctions en application du premier alinéa du I n'a pas été transmise à la Haute Autorité de la transparence de la vie publique.

Déclarer

Sont concernés l'ensemble des présidents, directeurs généraux et directeurs généraux délégués des entreprises publiques locales (Sem, SPL, SemOp) dont plus de la moitié du capital social est détenu par une ou plusieurs personnes publiques ou personnes privées à capitaux publics (collectivités, sociétés nationales ou leurs filiales, EPIC ou OPH), dès lors que leur chiffre d'affaires dépasse 750 000 euros l'année précédant la nomination des intéressés.

Source : HATVP, Brochure des Présidents et dirigeants des entreprises publiques locales, 20

Les sociétés d'économie mixtes sont des sociétés anonymes régies par le Livre II du code de commerce et dont les collectivités territoriales ou leurs groupements détiennent, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital (Art L. 1522-1 code général des collectivités territoriales). Partant, les dispositions de l'article 11 de la loi de 2013 s'appliquent à ces sociétés.

En l'espèce, Monsieur X. envisage d'intégrer une société d'économie mixte dont le chiffre d'affaires de l'année 2020 est supérieur à 750 000 euros (cf. société.com). Il souhaite intégrer la société en tant que directeur général adjoint (DGA), et non directeur général (DG) ou directeur général délégué (DGD). Conformément aux dispositions de l'article 11 précité, « les directeurs généraux » doivent procéder à une déclaration d'intérêts auprès de la HATVP. La HATVP intègre les directeurs généraux délégués à cette obligation déclarative (cf supra). Les contrôles déontologiques sur leur projet sont exercés par la HATVP et non pas par les référents déontologues. La question qui se pose donc est celle de savoir si les DGA sont, eux aussi, concernés par cette déclaration.

La question de la distinction entre un DGA et un DGD au sein d'une société anonyme n'est pas clairement tranchée. En effet, si le code de commerce consacre bien l'existence du DGD, assimilé à « une ou plusieurs personnes physiques chargées d'assister le directeur général, avec le titre de directeur général délégué » (Article L225-53), il ne fait pas mention du DGA.

Une récente décision de la Cour administrative d'appel de Paris rappelle qu'en l'absence de dispositions textuelles, la qualité de directeur s'apprécie selon les pouvoirs exercés :

« Considérant, toutefois, que, si les dispositions susénoncées confèrent des pouvoirs étendus au directeur général et aux directeurs généraux délégués (...), la société requérante soutient, sans être contredite, que M.A..., directeur général adjoint, n'avait pas été nommé directeur général délégué et que l'extrait K bis du registre du commerce et des sociétés la concernant ne comporte aucune mention d'une telle nomination, soumise pourtant aux formalités de publicité prévues aux articles R. 123-53 et R. 123-54 du code de commerce ; que, dès lors, en l'absence de toute autre disposition législative ou réglementaire définissant les pouvoirs d'un directeur général adjoint n'ayant pas la qualité de directeur général délégué, l'administration ne pouvait présumer que M. A...disposait de pouvoirs d'une étendue telle qu'ils englobaient le secteur financier.

Considérant que l'administration n'apporte aucun élément ou justificatif de nature à démontrer que les attributions de M. A..., étaient exercées concurremment dans les deux secteurs de la société ; que la société requérante, pour sa part, soutient que M.

A...n'exerçait pas de fonctions transversales (...) ». (CAA Paris, 2ème chambre, 21 janvier 2015, n° 14PA02737)

La Cour de cassation a, quant à elle, déjà considéré qu'un DGA avait la qualité de directeur général, notamment en ce qu'il s'était rendu coupable d'abus de biens sociaux (Cass., Ch. Crim., du 19 juin 1978, n°77-92.750).

En conséquence, aucune disposition du code de commerce ne consacrant l'activité de DGA, et s'il convient en principe de la séparer de celles de DG et DGD, il faut examiner la réalité des fonctions exercées dans chaque cas, pour analyser si elles correspondent ou non, de fait, à celles exercées par un directeur général délégué. Une des différences essentielles entre les deux fonctions tient au fait que le DGD est un mandataire social et a le pouvoir de représenter la société, contrairement à un DGA. En l'espèce, on relève dans la fiche de poste que le futur DGA peut, sur délégation spécifique, remplacer le DG dans la signature d'actes, qu'il représente la société dans les différentes instances et qu'il sera un appui au directeur général. Si la signature d'actes sur délégation spécifique ne pose en principe pas de problème, tant qu'elle reste ponctuelle et limitée, il n'en va pas de même de la représentation en justice de la société, dévolue aux directeurs ayant une fonction de représentation, c'est-à-dire le DG et le DGD.

Si la mission de représentation en justice de M. X. est maintenue, il devra se soumettre à l'obligation de déclaration d'intérêts dans ses nouvelles fonctions, et le contrôle déontologique appartiendra à la HATVP.

Le collègue émet également une réserve sur sa compétence en ce qu'un directeur général délégué est chargé d'assister le directeur général, et qu'il est mentionné dans la saisine que M. X. sera un **appui** au directeur général (donc une assistance).

S'il devait s'avérer que l'activité de M.X. est de fait celle d'un directeur général délégué, il devra procéder à une déclaration auprès de la HATVP. Cependant, dans l'état actuel du dossier, le collègue estime, sous réserve du retrait dans les attributions de M. X. de la représentation en justice de la SEM, que ce dernier n'est pas soumis à une obligation de déclarations d'intérêts et que le contrôle de la compatibilité des fonctions qu'il envisage au sein de la société relève de sa compétence.

II. Sur le contrôle effectué par le 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, à savoir sur l'application des articles 432-12 ou 432-13 du code pénal, et sur un volet déontologique par le contrôle des principes issus du chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983.

A. Le contrôle pénal : la prise illégale d'intérêts

Le référent déontologue est chargé d'apprécier si l'activité privée envisagée par l'ancien fonctionnaire ou le fonctionnaire en disponibilité risque de le placer en situation de prise illégale d'intérêts, comportement réprimé par l'article 432-13 du code pénal.

Le délit de prise illégale d'intérêt est caractérisé en cas de prise de participation par un fonctionnaire ou un agent d'administration publique :

- dans une entreprise dont il assurait la surveillance ou le contrôle,
- ou dans une entreprise avec laquelle il contractait dans le cadre de ses fonctions.

Ce délit concerne également la prise de participation par le titulaire d'une fonction exécutive locale :

- dans une entreprise dont il assurait la surveillance ou le contrôle ;
- ou dans une entreprise avec laquelle il contractait dans le cadre de ses fonctions.

Outre la peine d'emprisonnement de trois ans maximum et la peine d'amende de 200000 € prévues par l'article 432-13, le tribunal peut prononcer une ou plusieurs peines complémentaires fixées par l'article 432-17 dont l'interdiction d'exercer une fonction publique.

Le législateur favorise une interprétation rigoureuse de la loi pour prévenir ainsi les ingérences des fonctionnaires dans les entreprises privées même lorsque leur activité est utile à la commune.

La notion de surveillance et de contrôle est entendue largement, interdisant au fonctionnaire d'occuper un emploi dans l'entreprise concernée avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation des fonctions de surveillance et de contrôle. A titre d'exemple, la Cour de cassation a retenu l'existence d'une infraction en raison de l'effectivité de la surveillance exercée par un agent préfectoral à l'endroit d'une société d'économie mixte et qui avait, dans ses fonctions anciennes, été en charge du contrôle de la légalité des projets et des actes d'urbanisme de la collectivité dont la société d'économie mixte était le mandataire et l'interlocuteur habituel (Cass., Ch. Crim, 22 octobre 2014, 13-86.783).

La commission de déontologie, compétente pour se prononcer jusqu'au 31 janvier 2020, a rendu un avis d'incompatibilité avec l'activité privée envisagée si le fonctionnaire avait eu, pendant l'exercice de ses fonctions au sein de l'administration, des liens visés par l'article 432-13 du code pénal avec l'entreprise à intégrer. Elle a notamment rendu un avis d'incompatibilité concernant le projet d'un fonctionnaire territorial de rejoindre une entreprise privée qui réalisait des travaux à la demande de la collectivité locale l'employant, dès lors que c'est précisément à ce dernier qu'il revenait de passer les commandes à l'entreprise, d'en suivre l'exécution et de réceptionner les travaux (avis n°16T0544 du 10 mars 2016).

En l'espèce, il appert de l'appréciation rendue par [REDACTED] que M. X. n'a ni participé à la conclusion de contrats avec la SEM ou formulé d'avis sur ces contrats, ni proposé directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par l'entreprise, ou formulé d'avis sur ces décisions. **Toutefois, il a été en charge au cours des trois dernières années de la surveillance ou du contrôle de la SEM qu'il projette d'intégrer.**

Partant, les fonctions envisagées au sein de la SEM apparaissent incompatibles avec celles exercées au sein de la [REDACTED], au sens de l'article 432-13 du code pénal.

B. Le contrôle déontologique : appréciation des risques de transgression des obligations déontologiques

Selon les 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 « *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* », à savoir : la dignité, l'impartialité, l'intégrité, la probité, la neutralité, laïcité, et l'égalité de traitement.

Une atteinte à l'un de ces principes a été de nature à justifier, selon l'ancienne commission de déontologie, un avis d'incompatibilité ou de compatibilité avec réserves. La commission a estimé que le départ du directeur de l'eau d'une collectivité territoriale vers une SEM détenue à 51 % par la société qui avait été désignée comme opérateur coactionnaire du service de la gestion de l'eau de cette collectivité était de nature à risquer de compromettre et de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance et la neutralité de ce service, et a rendu un avis d'incompatibilité (avis n°18T2008 du 14 juin 2018). Par ailleurs, la Cour de justice des communautés européennes a décidé que les SEM ne bénéficient pas, en principe, de la passation de contrats en quasi-régie (CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03). Elles sont donc soumises au respect des règles de la concurrence.

Dans le cas présent, le départ de M. X. pour la SEM comporte un **risque certain de porter atteinte au fonctionnement normal et à l'indépendance du service**, en raison de ses liens avec les agents de son ancien service, alors qu'il sera promu au rang de directeur dans une société vis-à-vis de laquelle il a été chargé, au cours des trois dernières années, d'une mission de surveillance et de contrôle. Le risque consiste à mettre les agents du service en difficulté dans leur mission de surveillance et de contrôle de la SEM et, de la part de M. X., de chercher, volontairement ou non, à tirer parti de sa connaissance du service. Une réserve demandant à M. X. de s'abstenir de toute relation professionnelle avec son ancien service n'est pas envisageable compte tenu des relations structurelles existantes entre la SEM et l'EPCI. **Le collège est d'avis que le projet de M. X est incompatible avec le fonctionnement normal et l'indépendance du service.**

Conclusion

En résumé, il convient de souligner plusieurs points :

- Le collège émet une réserve quant à sa compétence en tant que référent déontologue, s'il s'avère que Monsieur X. exerce de fait des fonctions de directeur général délégué. Dans ce cas, il devra procéder à une déclaration auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, à qui il reviendra d'exercer le contrôle déontologique. Une deuxième réserve quant à la compétence du collège est relative à la fonction de représentation dévolue à M. X. auprès des instances judiciaires.
- Le collège de déontologie estime néanmoins que dans l'état du dossier et sous réserve de la suppression de la fonction de représentation de la société auprès des tribunaux, il est compétent pour exercer le contrôle déontologique demandé. Il émet un avis d'incompatibilité concernant la demande de disponibilité de Monsieur X. pour exercer

l'activité de directeur général adjoint de la SEM, en raison du risque de prise illégale d'intérêts existant du fait des activités de contrôle et de surveillance qu'il a exercées ces trois dernières années sur ladite société.

- Dans le cas où l'avis du collège ne serait pas suivi, le délit de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-13 du code pénal pourrait être caractérisé. M. X. encourrait alors 3 ans d'emprisonnement et 200 000 euros d'amende.
- Le collège de déontologie émet également un avis d'incompatibilité en raison du risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

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

Danièle MAZZEGA

Cécile HARTMANN

Xavier FAESSEL