



## LES OBLIGATIONS DÉONTOLOGIQUES DES AGENTS REJOIGNANT LE SECTEUR PRIVÉ

Par Vincent Cadoux, avocat au cabinet Seban & Associés

### ■ Quand faut-il saisir la commission de déontologie ?

L'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983, qui prévoit l'obligation de saisine de la commission de déontologie en cas de départ d'un agent public vers le secteur privé, dispose que la saisine est obligatoire lorsque, après avoir exercé, dans les trois dernières années, des fonctions administratives, l'agent cesse ses fonctions pour exercer une activité au sein d'une entreprise privée.

### ■ Que sont des fonctions administratives ?

Pour l'essentiel, il s'agit de l'ensemble des fonctions exercées par un fonctionnaire, ou un agent contractuel de droit public, dont, notamment, les collaborateurs de cabinet d'élus. En dehors de ces hypothèses, la commission de déontologie prend en compte la nature des fonctions, et celles de l'organisme où elles sont exercées.

### ■ Qu'est-ce qu'une cessation de fonction ?

Il s'agit d'abord des moyens classiques employés par les agents publics pour partir vers le secteur privé : la démission et le placement en disponibilité. Il s'agit ensuite des cas de mobilité opérés avec l'accord de l'administration qui soulèvent souvent, à tort, moins de questions, à savoir le détachement et la mise à disposition. C'est pourquoi il faut garder à l'esprit l'obligation de saisine de la commission de déontologie en cas de mobilités opérées par le souhait de l'administration d'origine, notamment auprès d'organismes privés créés pour assurer des missions d'intérêt général. Il faut enfin relever que la commission doit également être saisie lorsqu'un agent se trouve évincé de ses fonctions du fait d'une exclusion temporaire de fonction et souhaite, pendant cette période,

être employé par une entreprise privée.

### ■ Comment une entreprise privée est-elle définie ?

La commission se fonde sur la définition commune de l'article 25 octies précité et de l'article 432-13 du Code pénal définissant la prise illégale d'intérêt. Il s'agit, selon ces dispositions, de l'ensemble des organes exerçant leur activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles de droit privé. La commission a toutefois estimé cette définition insuffisamment précise, et a élaboré son propre faisceau d'indices pour qualifier les entreprises privées : la nature de son activité, la répartition de son capital, et enfin son mode de financement (Rapport de la commission 2016, p. 29).

### ■ Concrètement, quels sont les organismes concernés ?

Les entreprises privées ainsi définies sont non seulement les sociétés commerciales à capital purement privé, mais également l'ensemble des entreprises publiques locales (Sem, Semop, etc.) disposant de capitaux mixtes (public et privés), à condition qu'elles exercent une activité sur un marché concurrentiel. C'est le cas, par exemple, des sociétés d'aménagement, des sociétés développant pour une collectivité des activités touristiques, ou encore une société réalisant des études dans le domaine immobilier. Il faut signaler que la commission est ambiguë sur la question des SPL, société à capitaux purement publics. Elle déclare en effet que, compte tenu de leur capitalisation, elles ne relèvent pas de son contrôle. Pourtant, les textes n'excluent pas ce type d'organisme, de sorte que l'interprétation de la commission doit être relativisée sur ce point.

Sont également incluses dans les entreprises privées certaines associations régies par la loi de 1901, du fait de leur activité dans un secteur concurrentiel. Plusieurs associations du domaine sportif, ou concernant le secteur des constructions écologiques, ont ainsi été qualifiées.

Peu d'organismes sont ainsi exclus du contrôle, ce qui doit amener à une particulière vigilance dès qu'un doute existe sur leur qualification.

### ■ Que contrôle la commission de déontologie ?

Son rôle est de déterminer la compatibilité des fonctions appelées à être exercées dans l'entreprise privée avec celles précédemment occupées dans l'administration. Pour apprécier cette compatibilité, la commission effectue deux contrôles. D'une part, un contrôle pénal, qui s'attache à déterminer si l'activité projetée risque de placer l'intéressé en situation de commettre une prise illégale d'intérêt au sens de l'article 432-13 du Code pénal. D'autre part, un contrôle déontologique, qui recherche si l'activité que projette d'exercer l'agent risque de le mener à méconnaître ses principes déontologiques, ou de compromettre le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

### ■ En quoi consiste le contrôle pénal ?

La commission de déontologie va contrôler, d'une façon générale, si l'agent a eu connaissance, dans ses fonctions administratives, des activités de l'entreprise qu'il souhaite rejoindre. Plus précisément, elle va rechercher :

- s'il a été chargé, dans ses anciennes fonctions, d'assurer la surveillance ou le contrôle de l'entreprise dans laquelle il entend être recruté,
- s'il a conclu des contrats ou formulé son avis sur les contrats conclus entre la personne publique

au sein de laquelle il exerçait et l'entreprise qu'il souhaite rejoindre, • s'il a proposé à l'autorité compétente ou formulé des avis sur l'adoption de décisions relatives aux opérations réalisées par cette entreprise.

Il faut en outre souligner que, conformément aux termes de l'article 432-13 du Code pénal, la commission de déontologie considère également les liens entre l'agent avec les sociétés qui sont liées avec l'entreprise qu'il souhaite rejoindre. Il en va ainsi des sociétés mères et les filiales de l'entreprise d'accueil, ce lien filial étant défini par la possession de 30 % du capital social, ainsi que des sociétés ayant conclu un contrat comportant d'une exclusivité de droit ou de fait avec l'entreprise d'accueil.

### ■ En quoi consiste le contrôle déontologique ?

Il s'agit de déterminer si l'exercice par l'agent public de sa nouvelle activité privée serait de nature à compromettre le bon fonctionnement du service. Il en va ainsi en cas de proximité géographique ou de secteur d'activité favorisant les interactions entre les anciennes et les nouvelles fonctions, à l'occasion desquelles l'agent sera susceptible d'avoir une influence sur le fonctionnement des services dans lesquels il travaillait précédemment, et donc d'en compromettre l'indépendance.

D'une façon plus marginale, la commission contrôle également que les nouvelles fonctions ne tendent pas à compromettre la dignité

des fonctions précédemment occupées par l'agent. Il s'agit essentiellement de cas d'exercice par un fonctionnaire, d'activités illégales ou fantaisistes qui compromettent la réputation du service, comme des pratiques paramédicales « alternatives » reconnues comme susceptibles de dérives sectaires.

### ■ Quel avis la commission délivre-t-elle ?

Elle peut délivrer trois types d'avis : compatibilité totale, incompatibilité totale, et compatibilité avec réserve. Ces avis lient l'administration. En cas de silence pendant deux mois après la saisine de l'agent, la commission est réputée avoir délivré un avis de compatibilité totale.

Ce dernier avis permet évidemment à l'agent de rejoindre l'entreprise. À l'inverse, un avis d'incompatibilité totale le lui interdit, sous peine de faire l'objet de poursuites disciplinaires, voire pénales si l'incompatibilité résulte d'un risque de prise illégale d'intérêt. En outre, si l'agent a déjà commencé ses fonctions, la notification de l'avis d'incompatibilité met fin de plein droit à son contrat de travail, sans préavis ni indemnité de rupture.

Le même sort est réservé aux agents qui méconnaissent la réserve attachée à l'avis de compatibilité sous réserve dont ils ont fait l'objet. Typiquement, la commission impose au fonctionnaire de ne pas, dans le cadre de sa nouvelle activité, participer aux travaux de son entreprise qui concerneraient son ancienne administration. ●

### La saisine de la commission de déontologie

La saisine de la commission de déontologie s'impose chaque fois qu'un agent souhaite quitter temporairement ou définitivement son administration pour rejoindre une entreprise privée. Cette notion recouvre nombre d'organismes, et notamment beaucoup d'entreprises publiques locales. La vigilance est donc de mise sur la nécessité de cette saisine, chaque fois que le personnel territorial est détaché ou mis à disposition de ces sociétés.