

Elu employeur : se protéger du cumul d'activité des agents et l'encadrer



Déterminer le régime de cumul et exercer un contrôle déontologique : charge à l'employeur public local de contrôler et d'encadrer le cumul d'activités d'un agent public de sa collectivité, cumul qui est source par nature de conflit d'intérêts. La collectivité ne pouvant compter sur la seule prudence de l'agent, au maire ou à l'élu employeur de veiller à ce que ce lien d'intérêt n'interfère pas avec l'exercice impartial des fonctions.

Le cumul d'activité est une source significative de conflits d'intérêts, dès lors qu'il constitue par nature un lien d'intérêt distinct des fonctions exercées par l'agent public. Il appartient alors à ce dernier et à son employeur de veiller à ce que ce lien d'intérêt n'interfère pas avec l'exercice impartial des fonctions. L'employeur dispose de tous les outils pour y veiller, et ainsi éviter de faire reposer la protection des intérêts de la collectivité sur la seule prudence de l'agent. Pour faire un usage adéquat de ces outils, il faut d'abord déterminer le régime de cumul. Le contrôle déontologique n'est pas toujours imposé par les textes, mais il est, de fait, toujours indispensable en préalable à la réponse que l'administration peut y apporter.

Distinguer les hypothèses de cumul

Il existe six possibilités de cumul d'activité pour les agents publics,

soumis à trois degrés de contrôle différents de l'employeur.

Deux catégories d'activité possibles sans déclaration préalable

En premier lieu, deux catégories d'activité sont librement exercées, sans autorisation ni déclaration préalable obligatoire par les agents concernés, c'est-à-dire de plein droit.

D'une part, la production d'œuvres de l'esprit, au sens des articles L.111-1 du code de la propriété intellectuelle, qui impliquent une rémunération de l'agent sous le régime du droit d'auteur (1).

D'autre part, l'exercice de professions libérales par les membres du personnel enseignant des établissements publics d'enseignement : classiquement, médecins, avocat, psychologues, etc. En principe, aucune obligation d'information n'incombe aux agents qui utilisent ces possibilités. Il est néanmoins prudent pour l'employeur de disposer

d'autant d'information que possible sur l'activité ainsi assurée pour éviter les situations de conflit.

Une simple déclaration des agents à temps incomplet pour exercice d'une activité lucrative

En deuxième lieu, les agents publics peuvent cumuler une activité avec leurs fonctions, sur simple déclaration, dans deux cas.

D'une part, pour les dirigeants d'une entreprise nouvellement recrutés en tant que fonctionnaires ou agents publics, pour une durée d'un an renouvelable (2).

D'autre part, les agents occupant un emploi à temps incomplet, inférieur à 70 %, peuvent exercer une activité privée lucrative (3), sur simple déclaration auprès de son employeur (4). La confusion étant courante, il faut rappeler que cette disposition ne peut bénéficier aux agents qui exercent leurs fonctions à temps partiel : le temps partiel

n'est en effet qu'un simple aménagement des conditions d'exercice de fonctions sur un emploi à temps complet. Le temps incomplet renvoie à la nature de l'emploi, tel qu'il est créé par l'organe délibérant de la collectivité, lorsqu'elle estime que le besoin auquel la création de l'emploi répond n'implique pas un temps de travail complet. En pratique, ces emplois sont rares et concernent très peu d'agents.

Une autorisation pour activité à titre accessoire ou création d'entreprise

Enfin, en troisième lieu, les agents publics peuvent cumuler une activité sur autorisation, dans deux hypothèses.

D'une part, les agents peuvent demander à exercer une activité à titre accessoire à leurs fonctions (5). Ils ne peuvent y être autorisés que si elle correspond à l'une des activités limitativement énumérées à l'article 11 du décret du 30 janvier 2020 (6). Ce type d'autorisation, qui

n'implique pas une diminution du temps de travail de l'agent, a vocation à être consacré aux activités de moindre importance (d'où le terme «accessoire») et, en aucun cas, permettre à l'agent de s'engager dans une activité professionnelle significative en parallèle de ses fonctions.

D'autre part, les agents peuvent être autorisés à accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise (7). Contrairement à l'activité accessoire, la nature de l'activité n'est pas limitée, mais elle implique en revanche pour l'agent de passer à temps partiel, selon une quotité convenue avec l'employeur, en considération de l'intérêt du service.

La nécessité d'un contrôle déontologique systématique

Un contrôle déontologique n'est imposé par les textes par la collectivité qu'en cas de cumul d'activité sur autorisation.

Le temps partiel pour création d'entreprise devra ainsi faire, formellement, l'objet d'un contrôle déontologique qui aura pour objet de déterminer si le cumul ne placera pas l'agent ou son administration en situation de conflit d'intérêts, voire au risque de commettre une prise illégale d'intérêts (8). Cet examen pourra être confié, à titre subsidiaire, à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) en cas de doute sérieux sur la compatibilité de l'activité confirmé par le référent déontologue, voire directement pour les agents occupant des emplois particulièrement exposés aux risques de conflits d'intérêts (9). Par ailleurs, l'autorisation d'exercer une activité accessoire implique un contrôle déontologique similaire préalablement à l'autorisa-

tion, à la seule différence qu'il n'existe aucune possibilité de saisine directe ou subsidiaire de la HATVP.

La nécessité de prévenir le conflit d'intérêts enjoint d'aller au-delà des textes

Pourtant, s'en tenir au minimum prescrit par les textes serait manquer de prudence, voire, indirectement, manquer aux obligations plus générales qui s'imposent au service public. Toute situation de cumul d'activité constitue un vecteur important de conflit d'intérêts, puisqu'elle génère un lien d'intérêt, et donc susceptible d'interférer sur l'exercice des fonctions. Or l'obligation pour l'agent, comme son administration, de prévenir la survenance de telles situations ne se limite pas aux seules hypothèses de contrôle prévues par les textes. L'article L.121-4 du CGFP prescrit à tout agent public de prévenir ou faire cesser immédiatement toute situation de conflit d'intérêts. L'article L.124-1 impose aux chefs de service de prévenir les atteintes à la probité susceptible de survenir dans le service. L'article L.122-1, enfin, met à la charge du supérieur hiérarchique constatant un risque de conflit d'intérêts, de confier le traitement du dossier présenter une situation de conflit à un autre agent.

Pour assurer le respect de ces règles et principes, et donc se protéger et protéger ses agents, la collectivité doit donc nécessairement procéder, sous une forme ou une autre, à un contrôle déontologique, c'est-à-dire à une analyse des risques d'interférence entre l'activité cumulée et les fonctions exercées par l'agent. Toute abstention pourrait lui être reprochée, voire engager sa responsabilité administrative,

et potentiellement pénale, dans les cas les plus graves. L'idéal est donc d'instituer, dans les services, un dispositif de contrôle déontologique systématique des cas de cumul dont la collectivité est informée, y compris lorsque le cumul relève d'un simple régime de déclaration.

L'analyse du risque de conflit d'intérêts

L'analyse déontologique, en cas de cumul d'activité, porte toujours sur deux aspects : d'une part, le risque « d'atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance, à la neutralité du service ou aux principes déontologiques », et, d'autre part, le risque de « placer l'intéressé en situation de méconnaître les dispositions de l'article 432-12 du code pénal ».

Les deux analyses se rejoignent toutefois en pratique. Sur le plan déontologique, la neutralité du service sera compromise s'il apparaît que le cumul d'activité placera l'agent ou son service en situation délicate pour l'accomplissement de ses fonctions, notamment parce qu'il aurait à connaître de l'activité extérieure de l'agent, et prendre une décision qui lui serait favorable ou défavorable. Sur le plan pénal, la prise illégale d'intérêts découlera du fait que l'agent détient un intérêt dans une entreprise dont il a « la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

Examiner le risque d'interférence avec les fonctions de l'agent

Les deux risques résulteront donc du même constat : un risque d'interférence, c'est-à-dire d'une influence, entre l'activité cumulée et l'exercice des fonctions, ou des missions de l'administration



■ Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

■ Décret n°2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

auquel l'agent appartient. Concrètement, il s'agit donc essentiellement d'examiner si l'activité cumulée présente un risque d'interférence avec les fonctions qui incombent à l'agent ou l'activité du service au sein duquel il les exerce. Sur ce point, la HATVP rappelle que le dispositif « cherche à prévenir autant le conflit d'intérêts en lui-même que son apparence » (10). Dans ses observations formulées devant le Conseil constitutionnel, lors de l'examen de la loi du 11 octobre 2013 qui a posé cette définition, le gouvernement soulignait ainsi que « cette approche intègre autant le conflit réel que le conflit potentiel ou apparent, c'est-à-dire la situation dans laquelle les intérêts de la personne sont susceptibles d'être regardés comme de nature à influencer sa manière de servir, sans que ce soit le cas effectivement ».

La question de l'interférence est donc celle de sa potentialité, telle qu'elle peut être perçue par un interlocuteur raisonnable de l'agent, et non de l'influence réelle qu'exerce l'intérêt sur le travail de l'agent.

Secteur d'activité et secteur géographique, critères cruciaux

Pour examiner le risque d'interférence, il conviendra notamment de se pencher sur deux aspects : d'une part, le secteur d'activité dans lequel l'agent ●●●

●●● souhaite exercer son activité : si ce secteur semble en lien avec l'activité du service au sein duquel l'agent exerce ses fonctions, alors le risque d'interférence sera important.

D'autre part, le secteur d'activité géographique : le fait que l'agent se donne vocation à intervenir en particulier dans le secteur géographique de compétence de sa collectivité présentera classiquement un risque renforcé d'interférence.

Pour constater l'existence de cette interférence, il n'est pas nécessaire qu'elle résulte d'une interaction directe entre le service et l'activité de l'agent : elle peut également résulter du risque de confusion entretenu auprès des tiers par la proximité des deux activités. La HATVP a ainsi considéré qu'une activité d'achat et de cessions de cliniques privées présentait un risque trop important de confusion avec les fonctions de directeur d'hôpital exercées par l'agent, qui à terme nuirait au bon fonctionnement du service (11).

Se renseigner sur le profil de l'agent et son projet d'activité

Pour exercer ce contrôle, on ne saurait trop insister sur la nécessité pour la collectivité de disposer d'informations aussi précises que possible sur les fonctions de l'agent, le travail qu'il a accompli dans les dernières années, et la nature de l'activité qu'il envi-

sage d'exercer dans le cadre du cumul. L'agent ne peut donc se contenter de solliciter un cumul d'activité pour un projet encore insuffisamment précis, qui ne permettrait pas d'apprécier les risques associés.

Rappelons, en revanche, que lorsque l'autorisation est demandée, l'administration dispose de quinze jours pour solliciter auprès de l'agent les compléments utiles à sa décision (12).

La réponse de la collectivité à apporter

À l'issue de l'analyse conduite, trois possibilités existent.

La compatibilité

Elle est constatée dans les cas où il ne ressort pas de l'analyse déontologique que l'activité que se propose de cumuler l'agent avec ses fonctions présente un risque d'interférence quelconque. L'autorité territoriale peut donc, sous réserve que l'intérêt du service le permette, autoriser purement et simplement l'activité, ou, pour celles qui relèvent d'un régime de plein droit ou déclaratif, n'y donner aucune suite.

La compatibilité avec réserve

Il s'agit des cas où le risque d'interférence existe, mais peut être évité, sous réserve que l'agent respecte certaines contraintes dans l'exercice de son activité,

ou qu'un ajustement de ses fonctions soit mis en place pour lui éviter de se placer en situation de conflit d'intérêts. Concrètement, l'employeur pourra imposer à l'agent une limitation de l'activité qu'il entend exercer, par exemple en lui interdisant d'intervenir, dans le cadre de son cumul d'activité, auprès de l'administration qui l'emploie ou de ses interlocuteurs habituels, publics comme privés.

Il pourra également imposer des mesures de déport à l'agent, c'est-à-dire l'obliger à se déporter de toute discussion, mission ou décisions relatives à son activité. C'est, typiquement, la réserve imposée par la HATVP en cas de création d'entreprise (13). Enfin, des mesures plus spécifiques, par exemple celle d'imposer que l'agent soit accompagné à l'occasion de certains rendez-vous professionnels, peuvent également être envisagées (14) : le chef de service dispose sur ce point d'un très large pouvoir d'organisation du service, et il lui appartient donc de prendre toutes les mesures qui lui semblent appropriées pour éviter une situation de conflit d'intérêts.

L'incompatibilité

L'incompatibilité doit être constatée, et les conséquences en être tirées, lorsque le risque d'interférence est significatif, et surtout, apparaît inévitable. Autrement dit, aucune réserve

ni aucun déport n'apparaissent de nature à permettre d'écarter suffisamment le risque de conflit d'intérêts. L'administration n'a alors d'autre choix que de refuser l'autorisation de cumul qui lui est demandée.

Notons que la situation est plus délicate lorsque le cumul relève d'un régime de plein droit ou sur simple déclaration, car l'administration ne peut refuser une autorisation qui ne lui est pas demandée. Une décision interdisant l'activité ne disposerait pas de réel fondement juridique. En revanche, rien n'interdit à l'employeur, informé du cumul, d'attirer l'attention de l'agent sur ses obligations déontologiques, et notamment l'interdiction statutaire de se placer en situation de conflit d'intérêts, et lui indiquer qu'il s'exposera à des sanctions disciplinaires, voire pénales, s'il s'engage effectivement dans l'activité qu'il envisage.

Par Vincent Cadoux, avocat,
cabinet Seban & associés

(1) Code général de la fonction publique, CGFP, art. L.123-2.

(2) CGFP, art. L.123-4.

(3) CGFP, art. L.123-5.

(4) Décret n°2020-69 du 30 janvier 2020, art. 9.

(5) CGFP, art. L.123-7.

(6) Décret n°2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

(7) CGFP, art. L.123-8.

(8) Code pénal, art. 432-12.

(9) Concrètement, les agents soumis à une obligation de déclaration d'intérêts, c'est-à-dire, au sein des collectivités, pour l'essentiel, les emplois fonctionnels et emplois de cabinet des communes de plus de 40 000 habitants et établissements publics assimilés (cf. décret n°2020-69 du 30 janvier 2020, art. 2).

(10) HATVP, «Guide déontologique», p. 23.

(11) HATVP, délibération n°2020-76 du 12 mai 2020.

(12) Décret n°2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique, art. 25.

(13) Cf., notamment, HATVP, délibération n°2023-71 du 2 mai 2023 ; HATVP, délibération n°2020-75 du 12 mai 2020 ; HATVP, délibération n°2002-147 du 28 juillet 2020.

(14) Voir pour cet exemple, HATVP, délibération n°2020-177 du 22 septembre 2020.