

# Transition vers le privé : un parcours sous haute surveillance déontologique

*La transition ou le retour vers le secteur privé est devenu une épineuse question pour les collaborateurs de cabinet. A l'heure où les gouvernements se succèdent à haute fréquence et à la veille des élections municipales, il est donc préférable de comprendre la teneur du contrôle déontologique auquel la plupart des collaborateurs seront soumis, car les mauvaises surprises sont nombreuses. L'analyse juridique de **Vincent Cadoux**, avocat au cabinet **Seban & associés**.*

Le contrôle déontologique a pour objet d'examiner la compatibilité entre les missions accomplies par un agent public, dont les collaborateurs de cabinet, dans les trois dernières années et l'activité privée qu'il envisage d'exercer. Il a vocation à protéger l'agent et son administration des risques de conflit d'intérêts que cette transition professionnelle peut faire naître.

## Quand le contrôle déontologique s'impose-t-il ?

Il s'impose pour tout collaborateur qui aura exercé [plus de 6 mois ses fonctions](#), et qui, dans la période de trois ans à compter de la fin de ses fonctions, débute une *activité privée lucrative*. La notion est largement entendue : elle englobe toutes les activités salariées – y compris celles exercées auprès d'une association ou d'un parti politique – ainsi que celles exercées en tant que dirigeant d'entreprises – y compris celles qui ne génèrent en pratique aucun revenu. Lorsque ces conditions sont remplies, le collaborateur est tenu d'en informer par écrit son employeur [avant le début de l'activité](#), afin de lui permettre d'exercer le contrôle déontologique avant qu'elle ne débute.

## Qui l'exerce ?

La [Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique](#) (HATVP) assure directement le contrôle déontologique des [fonctions les plus exposées](#) : dans la fonction publique territoriale, les directeurs, directeurs adjoints et chef de cabinet des départements, région, [communes de plus de 40 000 habitants](#). Au sein de l'État, l'ensemble des [collaborateurs de cabinet ministériel](#) sont concernés. Dans ces cas, il incombe à l'employeur de saisir directement la HATVP, ainsi qu'au collaborateur si l'employeur fait défaut.

Dans les autres cas, le contrôle déontologique incombe en premier lieu à l'employeur lui-même. Il exerce alors un premier contrôle, et peut solliciter, pour s'appuyer, le référent déontologue dont il dépend pour confirmer son analyse. Si cette analyse conduit à constater un risque d'incompatibilité, il doit alors saisir la HATVP, qui se prononcera sur le projet professionnel dans le cadre du contrôle dit « *subsidaire* ».

## Sur quoi porte le contrôle ?

Le contrôle a deux volets : un volet pénal, qui détermine le risque de pantouflage (432-13 du code pénal), et un volet déontologique, qui examine les risques de conflit d'intérêts susceptibles d'être causés par l'activité privée à l'administration employeur.

L'analyse du risque de pantouflage impliquera d'examiner en détail les missions exercées par le collaborateur dans les trois dernières années : les décisions prises, les contrats signés, et surtout les avis rendus sur ces actes. Le risque pénal sera retenu si l'un de ces actes sont relatifs à l'entité privée que souhaite rejoindre le collaborateur. La jurisprudence retient une approche très large de ces notions, [le Conseil d'État](#) considérant que la mission du contrôle déontologique n'est pas de déterminer si l'infraction sera effectivement caractérisée, mais si elle est susceptible de l'être. Il en découle des décisions particulièrement sévères de la HATVP et des juridictions administratives : la participation à des travaux relatifs à l'entité privée, même sans pouvoir de décision propre, sera généralement regardée comme impliquant un risque pénal justifiant une décision d'incompatibilité.

Ce risque ne sera pas nécessairement écarté lorsque l'activité a vocation à être exercée dans une entreprise qui sera créée par le collaborateur. Certes, aucun acte n'a pu être accompli à son égard puisque l'entreprise n'existait pas, mais la jurisprudence retient dans ces cas que le risque peut exister si le collaborateur a vocation, dans le cadre de son activité, assurer des prestations pour le compte d'une entreprise à l'égard de laquelle il a accompli l'un des actes précités ([voir par exemple cet avis](#)).

Le *risque déontologique* est quant à lui examiné au regard du risque que l'activité privée du collaborateur compromette, ne serait-ce qu'en apparence, l'administration qu'il a servie. Est principalement étudié le risque que cette activité mette en cause le fonctionnement normal, l'indépendance et la neutralité de l'administration, c'est-à-dire lorsque le collaborateur peut être amené à accomplir des démarches auprès de l'administration ou des responsables publics pour le compte desquels il travaillait.

#### **A quelles décisions le contrôle aboutit-il ?**

Le contrôle déontologique peut aboutir à [trois types de décisions](#) : l'incompatibilité, la compatibilité avec réserve, et la compatibilité.

La **compatibilité** est reconnue dans les hypothèses dans lesquelles l'activité envisagée n'a que très peu de liens avec les missions antérieures, notamment au regard du domaine d'activité et du secteur géographique dans lequel elle sera exercée.

La **compatibilité avec réserve**, qui est la solution la plus courante pour les collaborateurs politiques, sera prononcée lorsque le risque existe, mais semble évitable en respectant certaines interdictions : ne pas assurer de prestation auprès des entreprises dont il a eu à connaître, et ne pas intervenir auprès des pouvoirs publics pour le compte desquels il a travaillé dans les trois dernières années.

L'**incompatibilité** sera constatée lorsque le risque pénal ou déontologique apparaît inévitable si le projet aboutit. Tel sera le cas dans deux hypothèses : d'une part, lorsque le collaborateur a eu à connaître de l'entreprise qu'il entend rejoindre, ce qui conduira l'autorité de contrôle à constater un risque de commettre l'infraction de pantouflage. D'autre part, lorsque l'activité envisagée par le collaborateur le conduira inévitablement à intervenir, soit auprès d'entreprises dont il a eu à connaître dans le cas de son activité (risque pénal) soit auprès de l'administration ou des autorités publiques auprès desquelles il a assuré ses fonctions, et qu'aucune réserve n'apparaît de nature à protéger l'administration et son collaborateur des risques déontologiques et pénaux.

L'enjeu auprès de l'autorité de contrôle, consistera donc non seulement à démontrer que le collaborateur n'a pas eu à connaître de l'entreprise qu'il rejoint dans le cadre de ses fonctions – ce qu'une attestation du supérieur hiérarchique en ce sens suffira généralement à établir – mais également que les interactions qui pourraient compromettre l'administration ou exposer le collaborateur à un risque pénal peuvent être évitées, c'est-à-dire démontrer que l'activité n'implique pas intrinsèquement de démarches auprès de son ancien employeur ou des entreprises dont il a eu à connaître. Le contrat de travail, et une attestation du futur employeur devra donc le démontrer.

La tâche peut être ardue, car la HATVP, avec l'[approbation du Conseil d'Etat](#), opère un contrôle prudent et très méticuleux du risque : il n'est dans la plupart des cas pas tenu compte du fait que le collaborateur ne détenait pas de pouvoir de décision propre ou que les actes accomplis n'ont pas favorisé l'entreprise. Seule [a été écartée l'hypothèse](#) dans laquelle les avis et les actes auxquels ils ont abouti n'ont aucune portée juridique. Bien souvent, le simple fait que l'entreprise rejointe ait un jour croisé le chemin professionnel du collaborateur entraîne souvent le constat d'un risque pénal. Pour cette raison, il est donc crucial d'engager le contrôle déontologique très en amont, car un avis d'incompatibilité fera inévitablement obstacle au projet : mieux vaut donc ne pas s'être trop engagé, d'autant que la HATVP, particulièrement sollicitée dans les dernières années, rend rarement sa décision avant la fin du délai de deux mois [auquel elle est tenue](#).

*Vincent Cadoux, avocat à la Cour*

[Cabinet Seban et associés](#)