

**CENTRES DE GESTION DE LA FONCTION
PUBLIQUE TERRITORIALE DU PUY-DE-DÔME
ET DE L'ALLIER**

**RAPPORT DU
RÉFÉRENT DEONTOLOGUE**

Année 2023

Mars 2024

Au cours de l'année 2023, le référent déontologue nommé par le Président du Centre de Gestion de la Fonction Publique Territoriale du Puy-de-Dôme a été saisi de 75 demandes d'avis. Ce chiffre est en forte hausse du fait notamment de nouvelles conventions passées par le Centre de Gestion du Puy-de-Dôme qui fait le choix de mettre un maximum de services à la disposition de ses adhérents.

MOIS	Nombre total de demandes d'avis	dont Allier
Janvier	9	4
Février	3	2
Mars	12	9
Avril	3	3
Mai	3	0
Juin	6	2
Juillet	4	2
Août	6	4
Septembre	9	0
Octobre	8	1
Novembre	7	3
Décembre	5	1

Il ressort de ce tableau que :

- sur ces 75 demandes (au nombre de 34 seulement en 2022) 31 provenaient du département de l'Allier (19 en 2022).

- 10 émanaient d'agents (dont 6 agents en fonction dans le département de l'Allier) et 65 de collectivités territoriales (dont 25 de l'Allier). Toutefois cette proportion n'est pas significative car beaucoup de demandes émanant des collectivités territoriales l'étaient en fait soit à la demande d'un agent, soit en concertation avec lui.

Par principe, comme en 2023, il a été répondu à toutes les demandes par écrit sous la forme d'une lettre officielle signée, transmise en PJ à l'adresse de messagerie du demandeur, et dans un délai tout au plus égal à une semaine. Il est en effet considéré que, d'une part, la réponse adressée peut être utilisée par le demandeur dans un cadre administratif de gestion, tant auprès de ses supérieurs hiérarchiques directs, que de l'exécutif politique, ce qui justifie un écrit plus solennel qu'un simple courriel, tandis que, d'autre part, il peut y avoir parfois un caractère d'urgence d'où le délai abrégé.

Seules 2 demandes d'avis ont fait l'objet d'une réponse immédiate par simple courriel car il s'agissait d'une part d'une demande d'avis relative au refus de reconnaissance du bénéfice du régime de la maladie professionnelle qui n'entrait pas dans la compétence du référent déontologue, et, d'autre part, d'une autre demande parvenue le 22 décembre, soit quelques jours avant les fêtes et congés de fin d'année et qui ne concernait que la possibilité d'accepter ou non l'invitation adressée par un partenaire d'une collectivité territoriale à un agent quittant définitivement ses fonctions.

Dans un tiers des hypothèses environ, comme en 2022, des précisions ont été sollicitées par courriel au demandeur de l'avis.

Comme par le passé ces demandes d'avis ont concerné, pour plus des 2/3, les problématiques relatives aux activités accessoires ou au cumul de deux activités. Toutefois, d'autres demandes ont notamment permis, sans que la liste soit exhaustive, de préciser le rôle du référent déontologue, la compatibilité entre fonctions actuelles et des fonctions futures ou les fonctions du conjoint, (dans le secteur privé notamment), la notion d'activité artistique, les aspects déontologiques tenant aux relations internes au service, la notion de conflit

d'intérêts et la possibilité pour un fonctionnaire servant à temps partiel pour création d'une micro-entreprise de reprendre à temps plein après fermeture de l'entreprise, la possibilité pour une commune d'employer en qualité de prestataire de service un ancien agent muté dans un département voisin.

I. S'agissant de la compétence du référent déontologue :

Il faut rappeler que le référent déontologue a reçu du législateur mission d'apporter à l'agent territorial ou à la collectivité territoriale qui l'a saisi tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux articles 25 à 28 de la loi modifiée n° 83-634 du 13 juillet 1983. Plus concrètement, il lui incombe de conseiller en matière de prévention des conflits d'intérêts, d'impartialité, de neutralité, d'intégrité et de dignité dans l'exercice des fonctions.

Le référent déontologue peut donner également tout conseil en matière de cumul d'activités, de secret et de discrétion. A ce titre, il peut éclairer les agents sur la conduite à tenir, les bonnes pratiques à mettre en place face à une situation donnée.

Cette fonction est d'une part à distinguer de l'assistance juridique statutaire tandis que, d'autre part, il doit être précisé haut et fort que les questions ayant trait à la seule gestion des ressources humaines ou à d'éventuelles difficultés relationnelles avec la hiérarchie ne relèvent pas de la compétence du référent déontologue qui ne saurait intervenir dans des domaines qui sont de la seule responsabilité et des prérogatives du chef de service.

Le référent déontologue, qui n'est ni un conciliateur ni un médiateur, sous peine donc d'outrepasser sa mission, ne saurait se substituer à l'autorité hiérarchique dans sa mission de gestionnaire du service public.

II. L'exercice d'une activité accessoire ou le cumul d'activité¹ :

LE CONSTAT

Dans tous les départements, et pour toutes les Fonctions Publiques, les référents déontologues ont constaté depuis déjà quelques années un accroissement des demandes d'avis relatives à des activités que les demandeurs qualifient d'accessoire à leur activité professionnelle du seul fait que ces activités se déroulent en dehors de leurs heures de travail. Certains semblent même, toujours de ce seul fait, se soustraire à l'obligation de déclaration ou de demande d'autorisation considérant que cette seconde activité se déroulant en dehors des heures de travail, complètement extérieures, a un caractère purement privé qui ne regarde pas la hiérarchie. Visiblement ces demandes de cumuler deux ou même plusieurs activités tiennent avant tout au désir d'augmenter son pouvoir d'achat.

LES TEXTES

Le principe fondamental de base est posé par l'article L. 123-1 du Code général de la Fonction Publique qui énonce que « l'agent public ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit sous réserve des dispositions des articles L. 123-2 à L. 123-8. »

1- les activités accessoires

L'article 11 du décret précité du 30 janvier 2020 établit une **liste limitative** de ces activités qui peuvent être exercées après autorisation préalable.

Ce sont les suivantes :

¹- On n'abordera pas dans ce rapport d'activité l'hypothèse de l'article L 123-5 du CGFP relative aux agents occupant un emploi permanent à temps non complet ou incomplet pour lequel la durée du travail est inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail qui peut exercer une activité privée lucrative à titre professionnel sous réserve de l'avoir déclaré à son autorité hiérarchique.

1° Expertise et consultation, sans préjudice des dispositions du 3° du I de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 mentionnée ci-dessus et, le cas échéant, sans préjudice des dispositions des articles L. 531-8 et suivants du Code de la recherche ;

2° Enseignement et formation ;

3° Activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel ou de l'éducation populaire ;

4° Activité agricole au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime dans des exploitations agricoles constituées ou non sous forme sociale ;

5° Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale mentionnée à l'article R. 121-1 du Code de commerce ;

6° Aide à domicile à un ascendant, à un descendant, à son conjoint, à son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou à son concubin, permettant au fonctionnaire de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide ;

7° Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers ;

8° Activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif ;

9° Mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger ;

10° Services à la personne mentionnés à l'article L. 7231-1 du Code du travail ;

11° Vente de biens produits personnellement par l'agent.

Selon l'article 14 du même décret précise que : « Tout changement substantiel intervenant dans les conditions d'exercice ou de rémunération de l'activité exercée à titre accessoire par un agent est assimilé à l'exercice d'une nouvelle activité.

L'intéressé doit alors adresser une nouvelle demande d'autorisation à l'autorité compétente dans les conditions prévues à l'article 12. ».

2- le cumul d'activités

L'article L. 123-8 du même Code général de la Fonction Publique énonce : « L'agent public qui occupe un emploi à temps complet peut, à sa demande, être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise et à exercer, à ce titre, une activité privée lucrative.

L'autorisation d'accomplir un service à temps partiel, qui ne peut être inférieur au mi-temps, est accordée, sous réserve des nécessités de la continuité et du fonctionnement du service et compte tenu des possibilités d'aménagement de l'organisation du travail, pour une durée maximale de trois ans, renouvelable pour une durée d'un an, à compter de la création ou de la reprise de cette entreprise.

Une nouvelle autorisation d'accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise ne peut être accordée moins de trois ans après la fin d'un service à temps partiel pour la création ou la reprise d'une entreprise.

Lorsque l'autorité hiérarchique a un doute sérieux sur la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise avec les fonctions exercées par l'agent public au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation, elle saisit pour avis, préalablement à sa décision, le référent déontologue. Lorsque l'avis de ce dernier ne permet pas de lever le doute, l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique lorsque l'avis du référent déontologue ne permet pas de lever ce doute. La Haute Autorité se prononce dans les conditions prévues à la section 4 du chapitre IV.

Lorsque l'agent public occupe ou a occupé au cours des trois dernières années un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, l'autorité hiérarchique soumet la demande d'autorisation à l'avis préalable de la Haute Autorité. A défaut, l'agent public peut également saisir cette dernière. »

3- dispositions communes

Que ce soit au titre d'une activité accessoire ou du cumul d'activités, selon l'article 17 du décret précité : « *L'autorité compétente peut s'opposer au cumul d'activités ou à sa poursuite, si l'intérêt du service le justifie, si les informations sur le fondement desquelles l'autorisation a été donnée ou celles communiquées dans la déclaration mentionnée à l'article 13 sont inexactes ou si ce cumul est incompatible avec les fonctions exercées par l'agent ou l'emploi qu'il occupe au regard des obligations déontologiques mentionnées au chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983 susvisée ou des dispositions de l'article 432-12 du Code pénal.* »

Selon l'article 24 du même décret, lorsque la demande d'autorisation d'exercice d'une activité privée émane d'un agent occupant un emploi n'entrant pas dans le champ de l'article 2, ce qui est généralement le cas, « *l'autorité hiérarchique examine si cette activité risque 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 susvisée ou de placer l'intéressé dans la situation de commettre l'infraction prévue à l'article 432-13 du Code pénal.*

L'agent fournit toutes les informations utiles sur le projet d'activité envisagée. Lorsque l'autorité compétente estime ne pas disposer de toutes les informations lui permettant de statuer, elle invite l'intéressé à compléter sa demande dans un délai maximum de quinze jours à compter de la réception de celle-ci.

La décision de l'autorité dont relève l'agent peut comporter des réserves visant à assurer le respect des obligations déontologiques mentionnées au premier alinéa et le fonctionnement normal du service ».

COMMENTAIRES

Les dispositions dérogatoires à l'article L. 123-1 du Code général de la Fonction Publique mentionnées aux articles précités permettent effectivement d'avoir différents types d'activités à côté de celle d'agent public dont les principales sont d'une part le cumul d'activités au sens économique de l'expression, et, d'autre part, les activités accessoires.

Mais l'une et l'autre ne doivent pas porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service, ni placer l'intéressé en situation de méconnaître l'article 432-12 du Code pénal.

Il est souvent difficile de distinguer ces deux notions qui, dans les faits peuvent être parfois très voisines, tandis que par ailleurs une activité considérée comme accessoire peut, dans les faits, s'avérer comme étant un cumul d'activités relevant d'un régime juridique plus contraignant.

Si les activités accessoires susceptibles d'être autorisées sont limitativement énumérées par le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la Fonction Publique. leur caractère accessoire doit cependant être apprécié au cas par cas, en tenant compte en premier lieu de l'activité envisagée, des conditions d'emploi de l'agent en second lieu, et en troisième lieu des contraintes et sujétions particulières afférentes au service dans lequel l'agent est employé, au regard notamment de l'impact de cette activité sur le service et la manière de servir de l'agent.

De manière plus précise, selon le juge administratif, c'est le degré d'implication de l'agent dans cette activité exercée en dehors du service, lequel est mesuré à travers plusieurs critères formant un faisceau d'indices, qui permet de qualifier, ou de ne pas qualifier une activité comme étant accessoire.

Ainsi, une activité accessoire correspond à une activité exercée en dehors de l'emploi principal :

- qui ne procure pas une rémunération manifestement trop importante en proportion de celle obtenue au titre de l'emploi principal,

- qui ne demande pas un degré d'investissement de l'agent supérieur à celui qu'il a dans son emploi principal, degré d'investissement apprécié en termes de technicité mais aussi de charge de travail, laquelle ne doit pas être trop importante au regard de celle qui est la sienne dans son emploi,
- qui n'est pas effectuée durant un temps de travail manifestement trop important et incompatible avec les obligations de l'agent quant à son emploi principal. Les textes législatifs et réglementaires ne précisant pas un volume d'heures maximal correspondant à l'exercice d'une activité accessoire, c'est donc à l'autorité territoriale d'estimer si la durée de l'activité accessoire lui paraît de faible importance et ne génère aucun problème organisationnel, au vu de sa nature,
- qui n'est pas manifestement incompatible avec l'aspect désintéressé ou non lucratif du service public,
- qui est effectuée dans des conditions de travail et d'emploi permettant d'identifier clairement qu'elle ne répond pas à un besoin permanent des usagers et de l'administration et ne crée pas ainsi un lien de dépendance pour l'agent.

La liste des activités accessoire est non seulement limitative mais aussi d'interprétation stricte ce qui a conduit le référent déontologue à dénier le caractère d'activité accessoire à des activités pour lesquelles, du fait du niveau de leur formation - que ce soit dans leur activité de fonctionnaire ou dans celle projetée à titre complémentaire - et de leur grade, les intéressés ne pouvaient être regardés comme des experts ou des consultants. De la même façon, certaines activités ont été regardées comme n'étant pas des services à la personne mentionnée à l'article L. 7231-1 précité.

Cette disposition a conduit d'une part à recommander que les autorisations accordées aient une durée limitée et que d'autre part le bénéficiaire de l'autorisation accordée rende compte périodiquement de son activité à sa hiérarchie.

Il est à craindre que beaucoup d'agents se sont affranchis en leur temps de l'obligation qu'ils avaient, à titre préalable, d'informer leur hiérarchie de leur projet d'exercice d'une activité accessoire, ou même que leur hiérarchie a toléré une situation illégale ce qui a constitué des précédents fâcheux. Par ailleurs, en méconnaissant cette obligation, beaucoup se sont orientés vers des formations coûteuses, plus ou moins reconnues et labellisées par l'État, qu'ils n'ont pu rentabiliser par l'exercice autorisé d'une activité accessoire réglementaire. Il serait utile que les élus chefs d'exécutifs et les responsables administratifs sensibilisent leurs collaborateurs sur les risques induits par la méconnaissance des règles en vigueur dans ce domaine.

Dès lors, lorsqu'une activité n'entre pas dans le champ de l'article 11 du décret n° 2020-69 susmentionné ou, lorsqu'elle y entre, quand la rémunération qui en est tirée est disproportionnée par rapport à la rémunération principale, que le degré d'investissement de l'agent est supérieur à celui qu'il a dans son emploi principal, qu'elle est effectuée durant un temps de travail manifestement trop important et incompatible avec les obligations de l'agent quant à son emploi principal, l'agent public occupant un emploi à temps complet qui désire avoir une seconde activité rémunérée, qui n'est pas accessoire ou ne peut pas être considérée comme telle, doit trouver un autre fondement juridique que celui de l'activité accessoire.

Il semblerait que beaucoup de demandeurs d'avis qui ont le projet d'avoir une deuxième activité considèrent que quelques heures d'activité privée seulement, à titre temporaire, parfois à titre de « test », le soir après le service ou le week-end, ne justifient pas que l'on demande à travailler à temps partiel. C'est cependant oublier que c'est la loi qui l'impose. En d'autres termes, hors champ des activités dites « accessoires » cumuler deux activités en créant une micro-entreprise impose d'être admis à servir à temps partiel dans la Fonction Publique.

Si au plan purement déontologique, on constate que les activités projetées par les agents demandeurs d'avis au titre d'un cumul d'activités n'étaient ni illicites par principe, ni incompatibles avec l'exercice de leurs fonctions et ne risquaient pas, en théorie, de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance, ou la neutralité du service, ou de les placer en situation de commettre les infractions prévues aux articles 432-12 et 432-13 du Code pénal, leur attention a cependant été appelée sur le fait qu'ils devraient continuer à exercer leurs fonctions d'agent public avec dignité, impartialité, intégrité et probité.

Mais, en tout état de cause, il appartient au président de la collectivité dans laquelle l'agent exerce ses fonctions d'apprécier souverainement si un temps partiel est compatible avec celles-ci et d'en fixer, certes en concertation avec lui, la quotité compte tenu des difficultés à assurer son remplacement pour la partie de service délaissée. C'est ainsi que l'employeur peut légitimement fixer le temps partiel entre 90 et 50 %.

Il faut savoir aussi que l'exercice d'un cumul d'activités, s'il est jugé possible, ne doit pas se traduire dans les faits par une modification des conditions d'exercice de l'activité principale. Ainsi, l'accumulation d'indices concordants comme des retards, un manque d'implication, des erreurs dans la gestion des dossiers, des absences ou des demandes répétées de modification d'emploi du temps pourraient par exemple motiver la fin de l'autorisation initialement octroyée. L'attention était aussi appelée sur l'importance de se prémunir contre l'éventuel risque de conflit d'intérêts. Pour évoquer le principe de façon simple, il a été précisé aux intéressés que leur activité d'agent public ne devrait pas être influencée par le fait qu'un administré était un de leurs clients. Il leur a été systématiquement indiqué également qu'il ne serait pas envisageable qu'ils utilisent les données ou les moyens du service auquel ils appartiennent pour démarcher la clientèle de leur entreprise, présenter leur activité privée dans leur service ou dans tous les services gérés par leur collectivité d'appartenance (y compris sous la forme de dépliants distribués ou simplement déposés), ou pour être prestataire, en dehors des règles de concurrence, à un titre ou à un autre, même ponctuellement, de leur employeur principal.

LES APPORTS ISSUS DES AVIS 2023

1- s'agissant des activités accessoires

- selon les dispositions de l'article 13 du décret précité, l'activité accessoire doit être exercée en dehors des heures de service de l'intéressé ;
- les textes législatifs et réglementaires ne précisant pas de volume d'heures maximal correspondant à l'exercice d'une activité accessoire, il appartient à la collectivité territoriale à laquelle appartient un agent demandeur d'autorisation d'estimer, au regard des fonctions exercées, si la durée totale de la ou des activités accessoires générera ou non un éventuel problème organisationnel au vu de sa nature ;
- s'agissant de l'activité accessoire le rôle de l'exécutif territorial se limite à vérifier la compatibilité avec les règles statutaires et le bon fonctionnement du service. Lorsqu'il s'agit d'une activité de formation ou d'enseignement l'appréciation de l'aptitude à le dispenser relève de la seule responsabilité du chef de l'établissement d'enseignement et non des responsables de la collectivité ;
- l'activité de « massages bien-être aux particuliers, entreprises, et évènementiel » ne rentre, ni directement ni indirectement, dans l'un des 11 cas de l'article 11 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020. Cette activité ne saurait en effet être regardée comme entrant dans le 10° car le champ de l'article L. 7231- 1 du Code du travail concerne exclusivement en premier lieu la garde d'enfants, en second lieu l'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées ou aux autres personnes qui ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile ou d'une aide à la mobilité dans l'environnement de proximité favorisant leur maintien à domicile, ou enfin, en dernier lieu, les services aux personnes à leur domicile relatifs aux tâches ménagères ou familiales ;
- l'activité de médiateur en discothèque ou le contrôle des billets lors de manifestations sportives non organisées par la collectivité territoriale employeur sont des activités de sécurité exercées par le biais certes intéressant de la médiation mais ne figure dans aucune des 11 rubriques figurant à l'article 11 du décret du 30 janvier 2020 tout comme le service pour un traiteur lors de différentes manifestations parmi lesquelles les évènements familiaux ;
- l'activité de restaurateur de mobilier peut être considérée comme étant une activité accessoire relevant du 11° du décret précité « vente de biens produites personnellement par l'agent » ;
- la direction d'une colonie de vacances entre dans le champ des 3° ou 8° du décret et se trouve dans la lignée de l'activité d'animateur de l'agent concerné par la demande d'avis ;
- est considéré comme conjoint collaborateur le conjoint d'un chef d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil. Un agent public qui, avec son épouse, crée une SCI dans le cadre de la construction de trois logements insolites, et dont l'épouse est la gérante, a cette qualité de conjoint collaborateur dès lors qu'il ne perçoit pas de rémunération. Il peut donc être autorisé à avoir cette activité accessoire.

2- s'agissant du cumul d'activités

- un agent en disponibilité qui se propose d'exercer une activité privée est tenu d'en informer par écrit l'autorité territoriale dont il relève, et ce avant le début de l'exercice de son activité privée, afin que cette autorité territoriale puisse apprécier la compatibilité de cette activité avec les fonctions exercées par l'agent au cours des trois années précédant le début de cette activité. L'autorité hiérarchique examine ainsi si cette activité est compatible avec les principes déontologiques de la Fonction Publique. La décision de l'autorité hiérarchique peut comporter des réserves visant à assurer le respect des obligations déontologiques et le fonctionnement normal du service ;

- lorsqu'un agent public a été admis à servir à temps partiel pour créer une micro entreprise et qu'il souhaite suspendre son activité privée et reprendre son activité à temps complet, ce n'est qu'au vu de la preuve que sa micro-entreprise a été dissoute ou radiée qu'il peut être réintégré à temps plein. L'autorité territoriale garde, si les circonstances l'imposent, le choix de la date de cette réintégration à temps complet dans la mesure où, par exemple, pour faire assurer la partie de service non assurée par l'agent, elle a dû mettre en place une organisation à laquelle il n'est pas possible de mettre fin immédiatement. Par ailleurs, à supposer que l'agent envisage de créer une nouvelle micro-entreprise dans un autre domaine d'activité, une nouvelle autorisation de servir à temps partiel ne pourrait lui être accordée avant l'expiration d'un délai de trois ans après la fin de son service à temps partiel ainsi que le précise l'article L. 123-8 du Code général de la Fonction Publique.

III. Travailler le soir après son travail, les week-end ou pendant ses congés est-ce possible ?

Beaucoup d'agents, dont la bonne foi ne saurait être mise en doute, et qui se trouvent parfois confrontés à la nécessité d'augmenter leurs ressources pour subvenir aux besoins élémentaires de la vie courante, estiment qu'ils peuvent librement disposer de leur temps de repos et de loisirs pour avoir quelques heures d'activités complémentaires lucratives.

Tel n'est malheureusement pas le cas notamment du fait qu'un agent en congé est en position d'activité.

Travailler en dehors de son temps de travail, hormis la situation correspondant au paragraphe suivant, reste donc soumis à autorisation et suppose que l'activité figure au nombre des activités accessoires ou que l'agent soit en cumul d'activité dans le cadre de sa micro-entreprise (cf. paragraphe précédent).

IV. Sur la notion d'activité intellectuelle et artistique :

1- Aux termes de l'article L. 112-6 du Code de la propriété intellectuelle : « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code :

6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;

La réalisation de vidéos sur You Tube entre dans ce champ et donc, un agent public qui se livre à cette activité n'a pas besoin d'autorisation. Toutefois, il demeure soumis à une obligation de dignité en toutes circonstances ce qui entraîne donc certaines limites. En effet, pendant, comme en dehors du service, la liberté d'expression du fonctionnaire a pour limite le respect d'un devoir de réserve qui varie selon le statut particulier régissant le corps d'appartenance, la nature des fonctions, le rang hiérarchique, les circonstances de temps et de lieux, le sujet abordé et enfin la nature de la publicité donnée aux propos tenus.

Par ailleurs la qualité d'agent public de l'auteur ne doit pas apparaître, tandis qu'au travers du scénario, il ne doit en aucun cas porter une appréciation sur la qualité des services apportés par sa collectivité à la population.

2 - Un agent souhaitait créer, parallèlement à son activité de fonctionnaire, une auto-entreprise dans le domaine de la création d'applications Web. Il voulait ainsi cumuler ces deux activités, la seconde pouvant relever, selon lui, du champ des "œuvres d'esprit" ce qui lui permettait de la cumuler avec son poste à temps plein.

L'article L. 112-6 précité énonce en effet que sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit :

13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;

Mais force est de constater que l'activité en projet n'aura pas pour but de construire des logiciels à proprement parler mais des sites web. Elle n'entre donc pas dans le champ d'une œuvre de l'esprit mais a un caractère purement commercial. Ce fonctionnaire pourrait cependant invoquer à son profit les dispositions du 11^e de l'article 11 du décret précité (vente de biens produits personnellement par l'agent) et solliciter la délivrance d'une autorisation sur ce champ tout en pouvant continuer de servir à temps complet.

V. Sur la compatibilité entre fonctions actuelles et fonctions futures :

Quelques demandes d'avis ont concerné cette compatibilité qui méritait d'être clarifiée. La structure actuelle de la Fonction Publique d'une part, et les mobilités inter-fonctionnelles ou inter-collectivités ou établissements publics d'autre part, conduisent à s'interroger sur cette compatibilité dans des hypothèses certes exceptionnelles.

C'est l'analyse de la fiche de poste actuelle d'un agent et celle de sa fiche de poste future qui sont la procédure qui permet de déclarer qu'il y a ou non compatibilité.

Le projet d'activité future, en premier lieu, ne doit pas compromettre ou remettre en cause, dans l'avenir, le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service auquel l'agent appartient ou a appartenu récemment. Il ne doit pas, en second lieu, être en contradiction avec les principes déontologiques de dignité, impartialité, intégrité, probité, et neutralité avec lesquels elle ne pourra pas rompre en qualité d'ancien agent public.

Des restrictions temporaires peuvent cependant être imposées à un agent qui débute une seconde carrière. Elles sont déterminées au regard des périmètres de ses attributions actuelles et des compétences de sa collectivité. En particulier, si les futures fonctions devaient mettre l'agent en contact avec les responsables de sa collectivité d'appartenance ou avec ses anciens collègues ou membres de son équipe, il se devrait de faire preuve de vigilance, d'impartialité et de neutralité.

Il faut aussi rappeler qu'un agent qui a créé une micro-entreprise ne doit pas faire usage de documents ou d'informations confidentiels dont il a été détenteur ou a eu connaissance du fait de ses anciennes fonctions. Il est par ailleurs souhaitable qu'un tel agent public s'abstienne de se prévaloir de sa qualité d'ancien responsable ou d'ancien agent public dans le cadre de son activité privée.

VI. Sur la notion de conflit d'intérêt :

Jusqu'à une date récente, le conflit d'intérêt était une notion encore floue et très subjective et n'était pas défini par la loi française. Il était toutefois décrit communément par les jurisprudences française et européenne comme de nature à remettre en cause la neutralité et l'impartialité avec lesquelles une personne doit accomplir sa mission du fait de ses intérêts personnels.

LES TEXTES

1- L'article 1^{er} de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique qui a, d'une part, imposé aux élus et aux agents chargés d'une mission de service public d'exercer « *leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité* », et leur a demandé, d'autre part, de veiller « *à prévenir ou faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts* ».

2- L'article 2 a précisé que : « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

COMMENTAIRES

Il est donc nécessaire, à toutes les autorités hiérarchiques au premier chef, mais aussi, par principe, à tout agent, d'examiner si un ou plusieurs des intérêts directs, indirects, publics, privés, matériels, moraux, présents ou passés interfèrent avec les fonctions publiques exercées, étant précisé que les intérêts qui n'ont pas de lien avec les fonctions occupées ne sont jamais susceptibles de faire naître une situation de conflit d'intérêts.

Il est certes difficile de savoir, du fait de la diversité et de la complexité des situations, jusqu'où va l'intérêt privé, ou l'intérêt d'élu d'une personne, car, on ne peut que le répéter, toute la difficulté consiste à trouver un équilibre entre la transparence et la protection de la vie privée, la confiance et la responsabilité, les mesures de prévention et de sanction qui doivent être adaptées à chaque cas.

Bien évidemment, le risque de conflit d'intérêt auquel sont astreints les fonctionnaires et agents publics varie en fonction du type de l'emploi tenu, de son niveau hiérarchique, de son caractère saisonnier ou temporaire, et de la nature du mandat du conjoint.

S'agissant du risque de conflit d'intérêt lié au recrutement de l'épouse d'un élu, il a été dit que l'intéressée, si elle était embauchée, ne devrait pas faire état, dans l'exercice de ses fonctions, de sa qualité d'épouse d'élu municipal et ne devrait porter aucune appréciation, positive ou négative, sur l'activité communale et sur les projets de la municipalité dans quel que secteur que ce soit. Il était aussi souhaitable par ailleurs que l'intéressée ne travaille pas sur des dossiers sur lesquels son mari avait reçu délégation. Mais le fait de se déporter, ou d'être dans l'obligation de le faire, n'est pas toujours de nature à permettre d'échapper à une situation de conflit d'intérêts « général ». Il faut ainsi s'assurer que la personne dont la nomination à un poste donné est envisagée, ou a été prononcée - qu'elle ait un lien de parenté ou d'amitié avec l'équipe municipale - ne se trouve pas dans une situation telle que l'application des règles de déport la conduirait à devoir s'abstenir de participer aux travaux de l'organisme à une fréquence telle que le fonctionnement normal de cette autorité en serait entravé, et que, dès lors, il y aurait lieu de prononcer, d'une façon ou d'une autre, son éviction du service.

Surtout, il doit être souligné que l'intéressée ne pourrait pas être recrutée selon des modalités préférentielles par rapport à ses autres collègues et ne pourrait, notamment et évidemment, être mieux rémunérée si elle n'intervient pas bénévolement.

Mais cette problématique, si elle comporte une facette déontologique concernant le personnel, en comporte une autre sur laquelle il n'appartient pas au référent déontologue du Centre de Gestion de se prononcer : celle de la déontologie des élus. Mais il ne semble pas que les dispositions législatives et réglementaires actuellement applicables, ou la charte prévue par la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, abordent explicitement la question de l'embauche de membres familiaux dans l'administration ou en cabinet. La charte se borne en effet à rappeler que « l'élu local exerce ces fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité. »

LES APPORTS ISSUS DES AVIS 2023

S'il est tout à fait possible pour une collectivité de contracter avec un ancien de ses agents, cette collectivité doit cependant respecter, les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Dans l'hypothèse où un ancien fonctionnaire de la collectivité se porte candidat à un marché ou à une convention quelle qu'elle soit, ou se voit proposer un partenariat par son ancien employeur, une attention particulière doit en effet être portée, par les uns et les autres, au risque de délit de favoritisme qui est constitué notamment lorsqu'une illégalité est volontairement produite pour avantager de manière injustifiée un candidat lors de la passation d'un contrat.

VII. Une entreprise ayant recruté un ancien fonctionnaire territorial peut-elle travailler avec la collectivité territoriale qui employait l'intéressé ?

Ayant démissionné, le risque de conflit d'intérêt est pour l'agent qui a été recruté dans le secteur privé bien moindre que s'il avait demandé le bénéfice des dispositions de l'article 25 septies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires et ainsi être admis à travailler à temps partiel pour créer sa propre entreprise ou en reprendre une. En effet, dans la situation exposée, tout lien avec le service a été rompu et les conséquences sont donc tout autres.

Néanmoins, comme il est dit ci-dessus, la collectivité ex-employeur doit respecter les principes de la commande publique, ce qui peut imposer de la prudence lorsque le montant des travaux ou des fournitures reste dans la fourchette réservée aux marchés sans publicité et mise en concurrence. La collectivité ne doit pas bien sûr donner l'impression que son ancien agent, ou l'entreprise qui l'a recruté, bénéficie d'un monopole sur ce type de travaux. De leur côté, l'agent ou son entreprise s'ils ne doivent pas être pénalisés par rapport à leurs concurrents, feront cependant preuve d'une particulière indépendance et de toute la vigilance voulue face à d'anciens collègues. L'agent démissionnaire devenu chef d'entreprise, ou l'employeur qui l'a recruté, devront se comporter vis-à-vis de ladite commune comme envers toute autre collectivité ou client en général.

Reste la question de savoir si l'agent à son compte peut immédiatement travailler pour son ancienne collectivité employeur. Aucune disposition législative ou réglementaire ne fixe un délai de carence. Par ailleurs, les circonstances éventuelles que l'agent n'a pas perçu d'indemnité de départ et que son niveau hiérarchique n'en faisait pas un responsable technique incontournable, sont de nature à plaider en faveur d'une possibilité de contrat immédiat, toujours dans le respect des principes de la commande publique et sur des montants de faible niveau ou de niveau moyen, notamment et surtout s'il s'avère - et si l'on peut aisément le prouver - que les entreprises locales sont peu intéressées.

LES APPORTS ISSUS DES AVIS 2023

- S'il est tout à fait possible pour une collectivité de contracter avec un ancien de ses agents, cette collectivité doit cependant respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Dans l'hypothèse où un ancien fonctionnaire de la collectivité se porte candidat à un marché ou à une convention quelle qu'elle soit, ou se voit proposer un partenariat par son ancien employeur, une attention particulière doit en effet être portée, par les uns et les autres, au risque de délit de favoritisme qui est constitué notamment lorsqu'une illégalité est volontairement produite pour avantager de manière injustifiée un candidat lors de la passation d'un contrat.

- S'est posée la question de la possibilité de rémunérer un ancien agent par prestation de services pour une mission qu'il effectuait auparavant étant observé que cet agent exerce désormais ses fonctions d'agent public dans un autre département sur un poste du même type. S'il devait apparaître que la mutation de l'intéressé a été organisée non seulement par lui-même, mais aussi par les élus et responsables administratifs de son ancienne collectivité pour externaliser une mission en vue de lui permettre d'asseoir son activité privée la situation de conflit d'intérêt serait avérée.

Mais en théorie, si en dépit des tentatives de remplacement qui ont été faites celui-ci a été impossible, rien ne s'opposerait, hors situation de conflit d'intérêt du type de celui exposé ci-dessus, à ce qu'un ancien agent soit prestataire de la collectivité avec laquelle il a rompu tout lien. Bien évidemment, cela devra l'être selon les règles de la commande publique étant observé que même en-dessous de certains seuils qui pourraient placer la collectivité en situation de libre choix, il serait néanmoins opportun que celle-ci recueille plusieurs offres, tout au moins pendant un délai de deux ans afin de ne pas laisser penser, à tort sans doute, que l'ancien agent bénéficie de privilèges face à des concurrents.

- Rien ne me semble s'opposer à ce qu'un agent en disponibilité soit délégué commercial dans une entreprise qui a été, et peut encore l'être, sous certaines réserves certes, fournisseur de produits d'entretien d'une collectivité. Il serait cependant souhaitable qu'auprès de la clientèle « collectivités publiques » l'intéressée, pour ne pas voir son employeur accusé de fausser la concurrence, ne mette pas en avant, de façon systématique, sa qualité d'ancien agent d'entretien dans une collectivité territoriale et d'utilisatrice desdits produits. Par ailleurs, partant du fait que lorsque cet agent travaillait dans une des écoles du secteur du groupement de communes concerné elle utilisait non seulement les produits de cette entreprise mais était aussi chargée de faire remonter les besoins de l'école où elle exerçait sa mission, il serait nécessaire que les commandes soient désormais passées par l'intermédiaire d'un autre agent commercial de l'entreprise.

VIII. Les règles déontologiques tenant aux relations avec les élus :

Là encore, on est bien sûr au confluent de deux déontologies : celle des fonctionnaires territoriaux mais aussi celle des élus.

Mais si l'on se place du seul côté de la déontologie des agents territoriaux on doit partir de l'idée simple que s'ils ont des droits, ils ont aussi de obligations. Ce sont les articles L. 121-1 à L. 121-11 du Code général de la Fonction Publique qui fixent les obligations générales auxquelles ils sont astreints.

De ces dispositions on doit retenir essentiellement que les agents territoriaux :

- exercent leurs fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité ;
- sont tenus à l'obligation de neutralité, exerçant leurs fonctions dans le respect du principe de laïcité ;
- consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées ;
- veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts défini à l'article L. 121-5 dans lesquelles ils se trouvent ou pourraient se trouver ;
- sont tenus au secret professionnel dans le respect des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal ;
- doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ;
- ont le devoir de satisfaire aux demandes d'information du public, sous réserve des dispositions des articles L. 121-6 et L. 121-7 ;
- sont responsables, quel que soit leur rang dans la hiérarchie, de l'exécution des tâches qui leur sont confiées et ne sont dégagés d'aucune des responsabilités qui leur incombent par la responsabilité propre de leurs subordonnés ;
- doivent enfin se conformer aux instructions de leur supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.

Il est banal de dire que l'autorité territoriale et l'administration, quelle que soit la taille de la collectivité, forment un binôme qui pilote respectivement le projet politique et le projet d'administration qui lui fait souvent suite. Les deux forment « un couple » qui, chacun selon ses propres fonctions, poursuit le même objectif, à savoir l'intérêt public et le bien-être des administrés qu'ils ont choisi de servir, chacun dans leur domaine. Cependant, comme il en était jadis au sein du couple dit « napoléonien », l'un des époux a autorité sur l'autre qui lui doit obéissance.

Le devoir d'obéissance auquel sont soumis les agents publics repose sur le principe hiérarchique lui-même étroitement lié à l'organisation de l'administration. Il implique que les fonctionnaires doivent respecter les ordres qui émanent de leurs supérieurs hiérarchiques, qu'ils soient autorité politique ou autorité administrative. Mais ces supérieurs doivent cependant, et heureusement, respecter dans leurs interventions les différentes sources de légalité que sont notamment la Constitution, les lois, les règlements, les instructions ou les notes de service.

Les fonctionnaires sont ainsi soumis aux prescriptions générales relatives à l'organisation du service dont ils dépendent. Les faits, par exemple, de cacher des informations à son supérieur hiérarchique, qu'il soit là encore politique ou administratif, ou d'entretenir de mauvaises relations avec un supérieur, outre que cela traduit une impolitesse caractérisée, constituent aussi des manquements au devoir d'obéissance, manquements constitutifs de fautes professionnelles susceptibles d'entraîner des sanctions.

Pour ce qui est des communes plus particulièrement, l'article L. 2122-18 du Code général des collectivités territoriales précise que « Le maire est seul chargé de l'administration, mais il peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs adjoints et, en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints ou dès lors que ceux-ci sont tous titulaires d'une délégation, à des membres du conseil municipal ». Il en résulte donc qu'en tant qu'exécutif de la commune, le maire est le chef de l'administration communale. Il est, à ce titre, le supérieur hiérarchique des agents de la commune. En l'absence de délégation donnée par le maire, un adjoint ou un conseiller municipal ne peuvent avoir autorité sur les agents communaux. (cf. question écrite n° 12678 de M. Jean Louis Masson JO Sénat des 27 novembre 2014 et 5 mars 2015).

Toutefois, selon la taille de la collectivité et les choix internes de délégation qui ont été décidés par les élus, le rôle d'autorité territoriale peut être ainsi partagé avec les maires-adjoints ou les vice-présidents. Ces « élus spécialisés » peuvent ainsi exercer une fonction de management d'un secteur d'activité de la collectivité avec une autorité déléguée sur les personnels concernés. La difficulté est cependant de ne pas interférer avec le rôle des cadres de la structure et d'éviter les chevauchements entre élus dans des domaines voisins, ce qui serait nuisible au bon fonctionnement du service et de la collectivité.

Mais le maire, le président, les adjoints ou vice-présidents d'une collectivité territoriale de leur côté ne doivent pas perdre de vue que la mission du responsable administratif, grâce notamment à sa connaissance des collectivités territoriales et à ses connaissances techniques, consiste à apporter aux élus une expertise de conseil qui leur est indispensable pour déployer et sécuriser les actes et projets municipaux. De son côté, par parallélisme et en réciprocité, l'administration doit être en capacité de s'adapter en permanence au changement pour aider, guider et proposer des alternatives aux élus. On en retiendra donc que chacun se doit de respecter l'autre sans suspicion.

Mais en situation de conflit professionnel interne au service, les hiérarchies, qu'elles soient politiques ou administratives, jouent un rôle important. Elles doivent rétablir la communication en proposant un espace de dialogue et de régulation entre les acteurs en conflit et en mettant notamment à jour les points de désaccord. Le traitement de ces éventuels conflits doit se faire au regard de la vision politique globale de la structure, des objectifs à atteindre et des moyens donnés. Les élus et les agents doivent donc, d'eux-mêmes ou par l'intermédiaire de leur hiérarchie, être repositionnés dans leur périmètre d'action en veillant au respect des fonctions de chacun. Cet arbitrage peut aboutir, dans des situations extrêmes, pour ce qui concerne l'agent, à un changement de poste ou une mutation interne, et pour l'élu, à un changement, voire un retrait de délégation.

Mais quelle que soit la nature du conflit, il s'agit de dire et de faire comprendre aux différents acteurs du conflit qu'une sortie vers le haut est non seulement importante mais impérative, tant pour chacun d'entre eux que pour le service public dont ils ont la charge.

LES APPORTS ISSUS DES AVIS 2023

- La circonstance qu'un agent public soit adjoint au Maire d'une commune et conseiller communautaire dans le ressort d'une Communauté de communes à laquelle adhère la commune dans laquelle il envisage de postuler pour devenir secrétaire de mairie à temps non complet ne paraît pas de nature à constituer une incompatibilité de principe (cf. la réponse à la question écrite n° 13602 de M. Hugues Saury du 25 juin 2020). Mais il est à rappeler qu'en qualité d'élu, pour éviter de se trouver en situation de conflit d'intérêt, cet agent aura l'obligation de s'abstenir de participer au vote sur les questions qu'il pourrait avoir été amené à connaître en qualité d'agent territorial. Si de telles questions devaient devenir récurrentes, voire paralyser l'action communautaire, il devrait alors renoncer à être conseiller communautaire. En tout état de cause, sa qualité d'élu local et de conseiller communautaire, qui ne saurait pénaliser sa candidature, ne doit pas non plus la privilégier.

- Il résulte des dispositions législatives et réglementaires en vigueur que rien ne s'oppose, en théorie, à ce qu'un fonctionnaire ou plus largement un agent public soit, sans qu'il ait besoin d'une quelconque autorisation de sa hiérarchie, **associé** d'une société.

Cependant, selon ces mêmes textes, il en résulte que l'activité d'un agent de la Fonction Publique est incompatible avec les prérogatives d'un **dirigeant** d'entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au registre national des entreprises en tant qu'entreprise du secteur des métiers et de l'artisanat ou affiliée au régime prévu à l'article L. 613-7 du Code de la sécurité sociale.

Si l'objectif du présent rapport d'activité a tout d'abord été, comme en 2022, de retracer l'activité du référent déontologue au cours de l'année écoulée, au-delà, son ambition a été aussi, et peut être même surtout, d'exposer de façon exhaustive à tous les agents territoriaux du Puy-de-Dôme et de l'Allier qui le liront, les éléments fondamentaux correspondant aux principaux thèmes de saisine. Parmi ceux-ci, il ne fait pas de doute que les relations entre fonctionnaires et agents publics au sein du service et le cumul d'activités qui font écho à des problématiques de société méritaient de faire l'objet de développements particuliers et le plus complet possible.

Mais il n'échappera pas cependant que chaque situation étant spécifique, les éléments ci-dessus, même s'ils se veulent approfondis, ne dispensent pas celles et ceux qui se sentent confrontés à des questions d'ordre déontologique plus ou moins exprimées ou ressenties de saisir à titre personnel le référent déontologue en faisant état de tous les éléments qui permettront de formuler un avis personnalisé qui sera reconnu par tous et désamorcera un éventuel conflit.

**Le référent déontologue placé auprès
du Centre de Gestion du Puy-de-Dôme,**



Henri DUBREUIL