

Synthèse

Rédiger une note de synthèse sur un texte ou un dossier de caractère administratif.

Le dossier complet figure en Annexe 3

Copie notée : 15,5/20

Note à l'attention de : M./Mme

OBJET : Présentation du dispositif relatif à l'exercice d'une activité privée par les agents de la fonction publique de l'Etat.

L'exercice d'une activité privée par les agents de la fonction publique de l'Etat se heurte traditionnellement au risque de déclencher un conflit d'intérêt entre le nouvel employeur de l'agent, l'autorité publique qui l'employait auparavant et l'agent lui-même. Le passage des agents du secteur public vers le secteur privé, voire, dans certains cas, l'exercice simultané de fonctions dans les deux secteurs, constitue pourtant une pratique récurrente en France. Face aux risques que ces pratiques font peser sur le fonctionnement normal, l'indépendance et la neutralité du service public, des lois sont venues préciser les conditions dans lesquelles les agents de l'Etat pouvaient exercer une activité privée en sus ou après cessation de leur activité dans le secteur public. Cette pratique fait aujourd'hui l'objet d'un contrôle approfondi, mais reste encore perfectible.

I - Les règles encadrant l'exercice d'une activité privée par les agents de l'Etat procèdent d'une évolution législative amorcée dans les années 1980.

Le corpus législatif destiné à prévenir les conflits d'intérêt en cas d'exercice d'une activité privée par les agents de la fonction publique de l'Etat s'articule autour de l'encadrement de deux pratiques distinctes : le cumul d'emploi public/privé et l'exercice d'un emploi dans le secteur privé postérieur à une carrière dans l'administration. Ce dispositif de contrôle s'articule désormais autour de la saisine d'une commission de déontologie.

A) Les pratiques de cumul d'un emploi dans le secteur privé avec des fonctions dans l'administration ainsi que les départs du public vers le privé ont été progressivement encadrées.

a - La loi dite "Pons" du 13 juillet 1983 a posé un principe d'interdiction du cumul entre une activité rémunérée dans le secteur privé et l'exercice d'un emploi au service de l'Etat. Cette interdiction de principe laisse toutefois subsister trois dérogations :

- Le cumul est tout d'abord autorisé lorsque l'activité exercée dans le secteur privé revêt un caractère accessoire ; le décret du 2 mai 2007 précise que des fonctions d'expertise, d'enseignement, des fonctions tenant à une activité agricole ou à l'exercice du commerce en qualité de conjoint collaborateur entrent dans le champ de cette dérogation. L'autorité administrative dont relève l'agent doit donner son accord pour permettre l'exercice du cumul ;

- une deuxième dérogation permet à un agent de créer ou de reprendre une entreprise parallèlement à ses fonctions dans l'administration pendant une durée d'un an renouvelable une fois. L'agent qui souhaite s'en prévaloir doit en faire la déclaration par écrit à l'autorité administrative qui l'emploie, laquelle saisit la commission de déontologie pour avis avant de se prononcer sur la demande ;

- le cumul est enfin autorisé lorsque l'agent public exerce à temps partiel son emploi dans l'administration (durée totale du travail inférieure à 70 % du maximum prévu par la loi), à condition pour l'agent d'informer préalablement l'autorité administrative qui l'emploie.

b - la seconde pratique progressivement encadrée par la loi concerne le passage du secteur public vers le secteur privé. L'article 432-13 du code pénal sanctionne ainsi la prise illégale d'intérêt (c'est-à-dire le fait de rejoindre une entreprise en qualité de salarié, de conseil ou de dirigeant après avoir, dans le cadre de l'emploi occupé dans l'administration trois ans avant l'entrée dans les nouvelles fonctions, exercé des fonctions de surveillance ou de contrôle ou d'avoir été chargé de conclure des contrats avec cette entreprise) d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. La prise de fonction dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou qui a conclu un contrat d'exclusivité avec une entreprise placée dans ce cas de figure est passible des mêmes peines.

Les départs de la fonction publique non visés par ce texte en vue pour l'agent de rejoindre le secteur privé font l'objet d'une information obligatoire de l'administration de départ. Toute modification des fonctions exercées dans le secteur privé par l'ancien agent, pendant trois ans à compter de son départ, fait l'objet d'une information dans des formes identiques.

B) Le dispositif de prévention des conflits d'intérêt s'articule autour de la saisine d'une commission de déontologie.

a - La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique a créé une commission de déontologie pour chaque fonction publique, placée auprès du Premier ministre. Sa mission consiste à contrôler la compatibilité de l'exercice de l'activité lucrative par l'agent qui a quitté ses fonctions dans l'administration moins de trois ans avant de rejoindre le secteur privé. La loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007 a fusionné les trois commissions de déontologie en une commission unique chargée d'examiner l'ensemble des conflits possibles dans les fonctions publiques d'Etat, territoriale et hospitalière.

b - Le contrôle de la commission de déontologie est obligatoire lorsque l'emploi nouvellement occupé par l'ancien agent expose potentiellement celui-ci à des poursuites pénales pour prise illégale d'intérêt au sens de l'article 432-13 du Code pénal. Ce système permet ainsi de limiter les risques de procédure qui pèsent sur l'agent qui cesse ses fonctions dans l'administration après son départ vers le secteur privé. Dans les autres cas de figure, la saisine de la commission reste facultative. Tout avis d'incompatibilité lie l'administration. Un avis de compatibilité lui laisse en revanche la possibilité de s'opposer au transfert.

II - Le dispositif de contrôle mis en place en cas d'exercice d'une activité privée par les agents de la fonction publique reste encore perfectible et est régulièrement contesté.

A) Le rôle de la commission de déontologie dans la connaissance des pratiques est éclairant, mais sa saisine reste très largement facultative.

a - La commission de déontologie, présidée par M. Olivier Fouquet, conseiller d'Etat, a prononcé plus de 1000 avis pour l'année 2007 et plus de 800 pour l'année 2008 pour la seule fonction publique d'Etat. Les dossiers impliquent majoritairement des fonctionnaires de catégorie A (58 % des saisines en 2008). Les saisines proviennent des ministères de l'économie, des finances et de l'industrie, de l'écologie et de l'intérieur pour l'essentiel. Les missions exercées dans le secteur privé des anciens agents publics relèvent en majorité des secteurs du conseil juridique, du conseil, du commerce et de la banque.

b – Les décisions d’incompatibilité sont peu nombreuses (2,5 % en 2008 pour la fonction publique d’Etat) mais enregistrent une progression dynamique. Ce nombre relativement modeste provient, pour Olivier Fouquet, du nombre important de dossiers non transmis à la commission par les autorités administratives d’origine qui bloquent les demandes irrégulières. Une autre explication de cette faiblesse du nombre d’avis négatif réside dans l’importance des cas de figure dans lesquels la saisine de la commission reste facultative : ceux-ci représentent environ 95 % des cas selon le président Fouquet, contre seulement 5 % de cas de saisines obligatoires destinées à prémunir l’agent contre les risques de poursuites pénales pour prise illégale d’intérêt.

B) La procédure continue de faire l’objet de critiques, conduisant à des retouches récurrentes.

a – En l’état actuel, la procédure fait l’objet de critiques de la part des acteurs de la commission de déontologie comme de la part des observateurs. Dans le cadre de l’exception au cumul pour reprise ou création d’entreprise, la durée de cumul maximale autorisée (2 ans) apparaît pour certains trop courte. L’absence d’adaptation du dispositif au statut d’auto-entrepreneur nouvellement créé pose également problème.

b – L’affaire "Pérol" a enfin alimenté les critiques au sujet du rôle de la commission de déontologie dans la procédure. François Pérol, ancien secrétaire général de l’Elysée, n’a pas saisi la commission pour avis avant de rejoindre la direction d’un grand groupe bancaire issu d’une fusion dans la réalisation de laquelle il s’était personnellement impliqué comme conseil. L’absence de saisine a fait l’objet d’une médiatisation importante et de critiques virulentes, conduisant à l’adoption de la loi du 3 août 2009 imposant la saisine obligatoire de la commission de déontologie lorsque le passage vers le secteur privé concerne un conseiller du Président de la République. Afin de prévenir les ententes entre l’agent concerné et son administration qui pourraient s’entendre pour ne pas saisir la commission, l’hypothèse d’une autosaisine de celle-ci par son président a été reprise par la loi du 3 août 2009, comme le souhaitait le président Fouquet. Cette modification importante doit mettre fin à la polémique née en 2009, mais il n’est pas exclu que la procédure évolue à nouveau pour tenir compte des autres remarques formulées par le président Fouquet dans son rapport 2008.

Copie notée : 11/20

Toute personne exerçant une fonction publique a un devoir de probité « les fonctionnaires et les agents publics doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ». Cette obligation de « fidélité » des agents publics envers l'administration a été énoncée très tôt, depuis la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Aujourd'hui, ce devoir figure également dans le code pénal et tout manquement à ce dernier est sanctionné d'une peine d'amende et d'emprisonnement.

Il s'agit de savoir quel dispositif a été mis en place pour garantir ce devoir de probité des agents de la fonction publique d'Etat et s'il est opportun ?

Afin de répondre utilement à cette question, nous étudierons dans un premier temps le dispositif élaboré (I) puis dans un second temps, les lacunes de ce dernier (II).

I - Le dispositif mis en place à l'égard des agents de la fonction publique de l'Etat exerçant une activité privée

Le législateur a mis en exergue deux hypothèses : d'une part, les personnes exerçant une activité privée mais qui ont été fonctionnaires (A) ; et d'autre part, les personnes alors qu'elles sont encore fonctionnaires exercent une activité privée (B).

A) Les règles applicables aux agents publics d'Etat ayant temporairement ou définitivement cessé leurs fonctions et exerçant une activité privée

Cette situation est régie par le décret du 26 avril 2007 qui énumère les activités privées ne pouvant être exercées par un agent public ayant temporairement ou définitivement cessé ses fonctions, à l'article premier. Afin de garantir ce principe, une commission de déontologie a été créée. De fait, lorsqu'un agent mentionné au I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 souhaite exercer une activité privée, il doit en informer l'autorité dont il relève dans un délai de un mois avant la cessation de ses fonctions. Par ailleurs, tout changement d'activité pendant un délai de trois ans à compter de la cessation des fonctions doit être signalé par l'agent à son administration. C'est ensuite l'administration qui saisira la commission de déontologie. La saisine de cette dernière peut être facultative ou obligatoire selon les cas. Cette commission veille à l'application de la loi pénale mais aussi au respect de la déontologie. Celle-ci a un mois pour rendre son avis. S'il s'agit d'un avis d'incompatibilité, ce dernier lie la décision de l'administration. Au contraire, les avis de compatibilité laissent à l'administration le choix de la décision. Les conséquences du contrôle sont variables : des interdictions à des sanctions disciplinaires ou des retenues sur pension. Mais une autre hypothèse a été envisagée par le législateur : celle du cumul d'activités.

B) Les règles applicables aux agents publics d'Etat procédant à des cumuls d'activités publique-privé

Cette situation est régie par le décret du 2 mai 2007 en son article premier : « les agents publics de l'Etat peuvent être autorisés à cumuler des activités accessoires à leur activité principale, sous réserve que ces activités ne portent pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ». Là aussi, la commission de déontologie a un rôle à jouer puisqu'elle doit tout d'abord vérifier que l'agent ne se place pas en situation de prise illégale d'intérêts ; ensuite, elle examine si le cumul d'activités envisagé porte ou non atteinte à la dignité des fonctions publiques. Comme précédemment, elle a un mois pour rendre son avis. Une décision d'incompatibilité de la commission de déontologie lie l'administration, contrairement à une décision de

compatibilité. La possibilité de cumul n'est toutefois ouverte que pour une période limitée à un an renouvelable une fois. L'administration a toujours la possibilité de mettre fin de manière prématurée à l'autorisation de cumul, si les critères ne sont plus satisfaits. La qualité du contrôle exercé par la commission de déontologie est assurée par son indépendance principalement mais aussi par la stabilité de sa jurisprudence et la conformité de ses décisions à celles des juges de cassation. Toutefois, certaines limites sont apparues.

II – Les lacunes du dispositif mis en place à l'égard des agents de la fonction publique d'Etat exerçant une activité privée

On constate que le dispositif actuel présente quelques lacunes que le législateur devra combler (A) et qui ont été mises en évidence par la pratique (B).

A) Les lacunes des textes devant être comblées par le législateur

Les textes actuels peuvent faire l'objet de plusieurs écueils. Tout d'abord, il serait opportun que le Président de la commission de déontologie soit en mesure de statuer sur ordonnance en matière de cumul d'activités afin d'accélérer la procédure et de désengorger la commission. Par ailleurs, en matière de cumul pour création d'entreprise, le législateur n'a pas prévu de procédure d'avis tacite en cas de silence gardé par la commission de déontologie. De plus, il serait opportun de permettre en matière de cumul d'activité de renouveler l'autorisation pour une période de trois ans (et non plus deux). Un tel délai permet à l'entreprise de se développer et à l'agent de connaître sa viabilité. Enfin, la loi du 2 février 2007 permet à la commission de déontologie de formuler des réserves en cas d'avis de compatibilité. La durée des réserves est de trois ans suivant la cessation des fonctions. Or une telle demande ne se justifie pas notamment pour les agents en bas de la hiérarchie. De fait, le législateur devrait laisser la possibilité à la commission de moduler dans le temps la durée des réserves. Le problème du caractère limitatif de la définition « d'activité accessoire autorisée » a également été soulevé ainsi que le défaut d'information de la commission sur la suite donnée à son avis. Mais la pratique a laissé apparaître un problème bien plus grave : le défaut de saisine de la commission.

B) Les lacunes mises en évidence par la pratique : l'affaire Pérol

Un problème majeur se pose : celui du défaut de saisine de la commission de déontologie. En effet, la pratique a montré que l'administration et l'agent s'accordent pour ne pas la saisir alors même que sa saisine est obligatoire. Dès lors, elle a fait la proposition suivante : lui permettre dans une telle situation de l'autosaisir soit sur délibération de la commission soit sur l'initiative de son président. Il semblerait que cela s'est produit lors de la nomination de Monsieur Pérol, secrétaire général adjoint de l'Élysée à la tête des caisses d'Épargne – Banque Populaire. En l'espèce, la commission ne se serait pas réunie pour statuer sur le cas de M. Pérol ; seul le Président aurait donné son accord. Cette affaire met en lumière les dysfonctionnements de cette instance et les inconvénients de la saisine facultative. Si cette affaire a fait grand bruit, d'autres lui ont précédé : des hauts fonctionnaires sont nommés à la tête de grandes entreprises privées sans opposition de la commission de déontologie. Une journaliste, Madame Valérie de Senneville, parle « d'administration politisée ». Suite à cette affaire, la commission des lois de l'Assemblée nationale a adopté le 17 juin 2009, un amendement au projet de loi sur la mobilité dans la fonction publique, « l'amendement Warsmann » qui permet à la commission de l'autosaisir. Par ailleurs, la saisine obligatoire est élargie lors de départs de certains agents.

On remarque qu'un dispositif a été mis en place depuis plusieurs années afin d'encadrer l'exercice d'activités privées par d'anciens agents publics ou le cumul d'activités publique-privé par des fonctionnaires en exercice. Toutefois, celui-ci présentait plusieurs lacunes. Certaines ont été comblées suite à l'affaire Pérol, les autres devront être comblées par le législateur dans le futur.

