

# Le contrôle des projets de départ vers le secteur privé des agents publics

En vertu de l'article 25 octies III de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dont les dispositions sont reprises à l'article L. 124-4 du Code général de la fonction publique (CGFP), « *l'agent public cessant ou ayant cessé ses fonctions depuis moins de trois ans, définitivement ou temporairement, saisit à titre préalable l'autorité hiérarchique dont il relève ou a relevé dans son dernier emploi afin d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé ou de toute activité libérale avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité* ».

Jusqu'au 1<sup>er</sup> février 2020, la demande d'autorisation d'exercer une activité privée était soumise au contrôle préalable systématique de la Commission de déontologie de la fonction publique. Celle-ci était **chargée de vérifier si l'activité qu'exerce le fonctionnaire risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître tout principe déontologique mentionné à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou de placer l'intéressé en situation de commettre l'infraction prévue à l'article 432-13 du Code pénal (prise illégale d'intérêt)**. À compter du 1<sup>er</sup> février 2020, c'est en principe à l'autorité hiérarchique qu'il revient d'apprécier la compatibilité du projet de création d'entreprise avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation. **En cas de doute sérieux, l'autorité hiérarchique saisit le référent déontologue. Si l'avis rendu par ce dernier n'a pas permis de lever le doute, l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP).**

Seuls certains emplois « *dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, mentionné sur une liste établie par décret en Conseil d'État* » sont soumis au contrôle systématique de la HATVP, saisie par l'autorité hiérarchique, ou à défaut, par le fonctionnaire.

Conformément à l'article 16 du décret du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique, l'agent cessant temporairement ou définitivement ses fonctions, qui se propose d'exercer une activité privée, saisit par écrit l'autorité hiérarchique dont il relève **avant le début de l'exercice de son activité privée**. Tout changement d'activité pendant un délai de trois ans à compter de la cessation de fonctions est porté par l'agent intéressé à la connaissance de son administration avant le début de cette nouvelle activité.

Aux termes de l'article 19 du décret du 30 janvier 2020, l'autorité hiérarchique dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle le projet de l'agent lui a été communiqué pour saisir la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. L'agent reçoit copie de la lettre de saisine.

La Haute Autorité se prononce dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. L'absence d'avis dans ce délai vaut avis de compatibilité (article 25 octies IX de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

L'administration rend sa décision dans un délai de quinze jours à compter de la notification de l'avis de la Haute Autorité ou de l'échéance du délai de deux mois suivant la saisine de celle-ci (article 21 du décret du 30 janvier 2020).

## 1. Le risque pénal (C. pénal, art. 432-13)

À l'instar de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, le rôle du référent déontologue se limite à apprécier l'existence du risque pour l'agent d'être condamné pour prise illégale d'intérêts sur le fondement de l'article 432-13 du Code pénal, et de le prévenir, afin qu'il s'en prémunisse. Il se prononce donc toujours sous réserve de l'appréciation souveraine du juge pénal.

Le fonctionnaire ne peut rejoindre une entreprise avec laquelle il a eu l'un des liens visés par l'article 432-13 du Code pénal au cours des trois années précédant son départ. Plus précisément, l'article 432-13 du Code pénal réprime la prise de participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée si le fonctionnaire, dans le cadre des fonctions

qu'il a effectivement exercées au cours des trois dernières années :

- ↳ a été chargé d'assurer la surveillance ou le contrôle de cette entreprise ;
- ↳ a été chargé de conclure des contrats de toute nature avec cette entreprise ;
- ↳ a été chargé de formuler un avis sur des contrats de toute nature conclus avec cette entreprise ;
- ↳ a été chargé de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ;
- ↳ a été chargé de formuler un avis sur des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise.

Avant même de vérifier l'existence de liens faisant obstacle à ce l'agent rejoigne une entreprise, Le référent déontologue doit d'abord vérifier si la structure que l'agent entend rejoindre est bien une « entreprise privée » au sens de l'article 432-13 du Code pénal, avant de vérifier l'existence de liens entre l'agent et cette entreprise faisant obstacle à son recrutement.

Le fonctionnaire ne peut rejoindre une entreprise avec laquelle il a eu l'un des liens visés par l'article 432-13 du Code pénal. De manière générale, un agent public ne peut rejoindre une entreprise privée liée par un contrat à sa collectivité, dès lors qu'il a été chargé de conclure des contrats avec cette entreprise ou de formuler un avis sur ces contrats, ou bien encore s'il a été chargé du suivi de la bonne exécution dudit contrat. Le référent déontologue doit attirer l'attention des agents et de leurs autorités hiérarchiques sur le fait qu'il importe peu que l'agent n'ait pas de pouvoir de décision ou de signature. Dès lors qu'il a été chargé de rendre un avis sur la passation ou le suivi de l'exécution d'un marché, il s'expose au risque pénal de prise illégale d'intérêts.

L'agent est invité à se poser les questions suivantes :

- ↳ Avez-vous été chargé de réaliser l'analyse des offres ?
- ↳ Avez-vous été chargé de rédiger ou de participer à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) ?
- ↳ Avez-vous, au sein de votre équipe, un rôle de proposition pour passer les bons de commande ?
- ↳ Avez-vous émis des avis sur la réalisation, par l'entreprise, des prestations commandées ?
- ↳ Avez-vous été chargé de réceptionner des prestations et d'attester de la conformité des factures émises aux commandes en vue de leur règlement ?
- ↳ Avez-vous été chargé de constater l'existence d'un service fait, ou de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des prestations proposées par cette entreprise ?

Si la réponse à l'une de ces questions est positive, il y a un risque de prise illégale d'intérêts. Sinon, l'agent peut tout à fait envisager de rejoindre l'entreprise.

---

## 2. Le risque d'atteinte aux fonctions publiques précédemment exercées

Il s'agit de s'assurer que l'activité privée que le fonctionnaire envisage d'exercer ne risque pas de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, ou de méconnaître tout principe déontologique. Le contrôle déontologique vise donc à éviter le maintien ou la constitution d'une situation de conflit d'intérêts. Selon la présentation retenue par la Haute Autorité dans son Guide déontologique II, il convient de distinguer deux situations, selon que le conflit d'intérêts est déjà constitué au moment où l'agent envisage de rejoindre le secteur privé ou qu'il pourrait survenir à la suite du départ de l'agent.

Le premier cas correspond à la situation d'un agent qui utilise ou peut paraître utiliser ses fonctions publiques pour préparer sa reconversion professionnelle. Si l'interférence entre les anciennes fonctions publiques et l'activité nouvelle envisagée est trop forte, un doute raisonnable sur l'impartialité avec laquelle la personne a exercé sa fonction publique peut naître. Autrement dit, il s'agit d'éviter que, voyant le fonctionnaire rejoindre son activité privée, les tiers ne viennent à penser qu'il aurait agi partialement pour obtenir son poste. Dans l'affaire Gourdault-Montagne déjà évoquée, le Conseil d'État a ainsi donné raison à la Haute Autorité. Cette dernière avait estimé que, même à défaut pour l'intéressé d'avoir le moindre contact avec son ancienne administration, la présidence d'un salon réunissant les principaux acteurs privés de la filière nucléaire, notamment les sociétés EDF et Orano, dont il avait été, en sa qualité de secrétaire général du ministère de l'Europe et des affaires étrangères, membre du conseil d'administration, était de nature à faire peser des doutes sur l'impartialité avec laquelle il avait exercé ses fonctions. Par une délibération du 31 mars 2020, la Haute Autorité a

considéré que la présidence de ce salon n'était pas compatible avec les fonctions antérieures de l'intéressé, en raison, non seulement d'un risque de prise illégale d'intérêts, mais aussi « *des risques déontologiques importants au regard des doutes légitimes qui pourraient naître quant aux conditions dans lesquelles Monsieur Gourdault-Montagne a exercé les pouvoirs d'administrateur représentant les intérêts de l'État actionnaire qui lui ont été confiés à raison de ses fonctions publiques* ».

Dans le second cas, il s'agit de s'assurer que l'activité envisagée n'est pas susceptible de remettre en cause le fonctionnement indépendant, impartial et objectif de l'administration où le fonctionnaire a exercé ses fonctions, c'est-à-dire qu'elle ne risque pas de placer les agents de cette administration eux-mêmes en situation de conflit d'intérêts à l'avenir. Lorsque le départ est autorisé, il doit généralement être imposé à l'agent de s'abstenir de toute démarche auprès de l'ancienne administration, de conduire des actions de représentation d'intérêts auprès d'elle, ou d'utiliser son ancien titre. Il doit également lui être rappelé qu'il ne doit pas faire usage de documents ou d'informations confidentiels dont il aurait eu connaissance du fait de ses anciennes fonctions. Évidemment, la question du contrôle du suivi des réserves est essentielle et nécessite, comme on l'a dit plus haut, de renforcer les prérogatives et les moyens du référent déontologue et de l'autorité hiérarchique dès lors que la HATVP n'a pas été saisie.