

Rapport annuel du Référent déontologue et Laïcité

Janvier 2018 –janvier2019

À l'attention de M. le Président du CDG des Pyrénées Atlantiques

S /c de M. le Directeur général

Revenir aux sources de l'action publique et à l'objectif d'intérêt général qui doit la guider permet de mieux appréhender l'importance de l'approche déontologique dans la mission des agents publics. Présente dès l'origine, cette préoccupation s'inscrit dans le contexte d'un large mouvement international, européen et national qui n'est pleinement pris en compte dans les textes pour la Fonction Publique qu'à compter de la loi du 20 avril 2016.

L'affirmation solennelle des valeurs déontologiques du fonctionnaire, la mise en place d'un régime d'obligations déclaratives d'intérêt et de situation patrimoniale, la consécration du lanceur d'alerte dans la fonction publique dans le cadre de la lutte contre les conflits d'intérêts doivent contribuer à inscrire l'action des agents publics dans un cadre impartial et indépendant et transparent.

Au titre des innovations introduites par la loi du 20 avril 2016, il convient de souligner l'inscription solennelle dans la loi du 13 juillet 1983 des valeurs de dignité, impartialité, intégrité et probité de neutralité et le respect du principe de laïcité, exigences déjà consacrées par la jurisprudence.

La loi a également renforcé les missions de la commission de déontologie de la Fonction Publique qui, au plan national, est chargée de contrôler le départ des agents publics, de manière temporaire ou définitive, pour exercer une activité privée lucrative, ainsi que les conditions du cumul d'activités pour les agents publics qui envisagent d'exercer une activité dans le secteur privé dans le cadre d'une création ou reprise d'entreprise.

L'article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983 issu de la loi du 20 avril 2016 dispose que *« tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux articles 25 à 28. Cette fonction de conseil s'exerce sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service. »*

En application de cet article et du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la Fonction Publique, les fonctionnaires ont désormais droit au conseil déontologique. L'exigence d'exemplarité dans l'exercice des missions de service public qui est aussi une garantie pour l'usager doit conduire l'entité publique à développer ce droit au conseil déontologique, nécessaire afin d'accroître les bonnes pratiques au sein des collectivités.

Tel est l'objet de la mission de référent déontologue, que vous avez bien voulu me confier auprès du Centre de Gestion des Pyrénées-Atlantiques et qui est susceptible de s'adresser à l'ensemble des agents des collectivités et des établissements publics de coopération (EPCI) affiliés d'une part, et d'autre part aux agents des collectivités adhérant au socle commun qui ont choisi de bénéficier de ce service par convention (c'est notamment le cas du Conseil départemental). Aux termes des articles 2 et 3 du décret, peuvent être désignés comme référents

déontologues des agents publics à titre individuel ou dans le cadre d'un collège pouvant inclure des personnalités qualifiées. Cette disposition permet une certaine latitude dans le choix du référent déontologue qui peut donc être un organisme collégial ou un individu.

L'article 4 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 prévoit que le référent déontologue est désigné « à un niveau permettant l'exercice effectif de ses missions ». Cette formulation induit à la fois une certaine vigilance dans le choix des référents déontologues dont l'expertise doit être crédible en la matière et des obligations pour l'administration qui doit leur donner les moyens d'une action indépendante et impartiale. Pour répondre à cette double préoccupation, le Centre de Gestion 64 a choisi de confier la mission de référent déontologue et laïcité à un universitaire spécialiste du droit de la Fonction Publique et du droit des collectivités territoriales dont les attributions qui ont débuté en janvier 2018 ont été formalisées par une lettre de mission et un arrêté dans les conditions classiques de notification et d'opposabilité. Ce faisant, le Centre de Gestion a choisi de lier deux missions complémentaires, en désignant le référent déontologue comme référent laïcité également ainsi que le proposait la circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la Fonction Publique.

Une première évaluation au bout de six mois de ma pratique de référent déontologue vous a été transmise, présentant les premières tendances de l'exercice.

Le présent rapport est le premier rapport annuel qui, conformément à la lettre de mission a pour objet de rendre compte de l'activité du référent déontologue et laïcité pour l'année 2018.

L'activité de conseil exercée durant cette première année a aussi contribué à diffuser la culture déontologique par l'intermédiaire des communications sur la déontologie et de la lettre du référent déontologue. Pour l'instant, la communication écrite s'est effectuée sur un plan collectif essentiellement par l'intermédiaire de « la lettre du référent déontologue du CDG 64 » publiée dans l'espace réservé au référent déontologue et laïcité sur le site du CDG 64. Les quatre numéros parus de cette lettre (et consultables dans l'espace) ont abordé successivement les questions relatives au contenu de la mission de Référent déontologue et laïcité, à la prévention des conflits d'intérêts, aux propositions de la Haute autorité sur la Transparence de la vie publique en matière de déontologie, et à la place de la Laïcité.

Cette action de diffusion de la culture déontologique a été confortée par les fiches méthodologiques¹, également proposées sur le site.

La rencontre des directeurs de ressources humaines organisée par le CDG 64 le 25 septembre 2018 a permis d'aborder la question des modes alternatifs de règlement de conflits à travers deux missions, celle de référent déontologue et celle de médiation qui contribuent toutes deux selon des modalités différentes à la prévention et à la résolution non contentieuse des conflits entre les collectivités publiques et leurs agents.

Cette action pourrait à l'avenir être renforcée à travers une veille juridique plus systématique dans le domaine et l'organisation de rencontres suscitées par le Centre de Gestion ou à la demande des collectivités.

Conformément à la mission définie par les textes et précisée par la lettre de mission du Président, le contenu principal de l'activité du référent déontologue et laïcité s'inscrit

¹ Ces fiches ont été élaborées par une étudiante stagiaire du Master Droit public en relation avec le Directeur général et le référent déontologue

prioritairement dans un objectif de prévention des comportements contraires à la déontologie, incarné par le conseil personnalisé à la demande des agents.

Il convient de rappeler que depuis le mois de septembre 2018, le choix initial de saisine retenu dans le cadre de la mission confiée au référent déontologue a été modifié. La saisine par lettre recommandée, prévue à l'origine présentait notamment l'avantage, d'éviter, par son formalisme, une éventuelle montée en puissance trop rapide des demandes, dont il était difficile de prévoir à l'avance le nombre et la fréquence.

Toutefois après six mois d'exercice, il est apparu souhaitable d'élargir les modalités de saisine. En effet, la lourdeur relative de cette modalité était apparue excessive dans un contexte de développement encore timide du recours au conseil déontologique ce que confirmaient certains entretiens qui avaient mis en lumière les réticences de certains agents vis-à-vis de ce mode de saisine solennel. Par ailleurs, la saisine par lettre recommandée pouvait entraîner une certaine lenteur dans les réponses, du fait de l'impossibilité pour le référent déontologue d'accéder aux demandes à distance, en dehors de son temps de présence au Centre de gestion. A l'usage, le choix exclusif de ce procédé s'est révélé trop restrictif et parfois dissuasif, d'où la proposition validée à mi-parcours de cette première année, d'envisager des modalités de saisine plus souples.

Le mode de saisine aujourd'hui privilégié est la saisine électronique, d'accès plus aisé, qui peut être effectuée en remplissant le formulaire prévu à cet effet et accessible sur le site. La réception de demandes par voie de courrier électronique permet de faciliter les échanges et s'inscrit d'ailleurs dans le cadre défini par le législateur pour les relations avec l'administration, cadre de plus en plus dominé par les échanges électroniques. En effet, l'article L. 112-8 du Code des relations entre le public et l'Administration précise que « *Toute personne, dès lors qu'elle s'est identifiée préalablement auprès d'une administration, peut, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État, adresser à celle-ci, par voie électronique, une demande, une déclaration, un document ou une information, ou lui répondre par la même voie. Cette administration est régulièrement saisie et traite la demande, la déclaration, le document ou l'information sans lui demander la confirmation ou la répétition de son envoi sous une autre forme.* — [Ord. no 2005-1516 du 8 déc. 2005, art. 2.]

L'exigence de discrétion professionnelle et de secret professionnel passe par un traitement confidentiel des demandes ou conseils dont peut être saisi le référent. Aux termes de l'article 7 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 précité, « *le référent déontologue est tenu au secret et à la discrétion professionnels dans les mêmes conditions que celles définies à l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée* ».

Il importe de préciser que les mêmes garanties de confidentialité existent quel que soit le mode de saisine choisi : seul le référent déontologue a accès aux demandes qui lui sont adressées, et le présent rapport annuel d'activités respecte les règles d'anonymat en effectuant conformément aux recommandations de la CNIL, une expurgation des données susceptibles de permettre l'identification des auteurs et des collectivités, de sorte que seul le problème déontologique soit évoqué.

En revanche, une fois la communication officiellement établie, les contacts avec le référent peuvent être poursuivis par tous autres moyens (courriers ordinaires, contacts téléphoniques, rencontres). En dépit de cette règle, j'ai accepté de recevoir quatre personnes qui s'étaient manifestées par un appel téléphonique durant une permanence, et dont j'ai perçu les

réticences et l'inquiétude à l'égard de la procédure officielle de saisine par voie de lettre recommandée.

Le présent rapport s'attachera à présenter les différentes questions qui ont fait l'objet de sollicitations du référent déontologue dans le respect des exigences de confidentialité imposées par le législateur à la fonction de référent déontologue. De janvier 2018 à janvier 2019, quarante-deux demandes ont été introduites auprès du référent déontologue. Cinq d'entre elles ne concernaient pas son champ de compétence et touchaient au seul domaine de l'évolution de la carrière à travers des questions concernant essentiellement le déroulement et la fin de carrière ou l'accès à des positions statutaires, notamment la disponibilité. Dans ces cas de figure, ma réponse a consisté à redéfinir auprès de ces demandeurs mon champ d'intervention et à les réorienter vers le service des ressources humaines de leur collectivité et le cas échéant vers les organisations syndicales.

Sur la période considérée, trente-sept demandes de conseil auprès du référent déontologue ont donc été identifiées, qui s'inscrivaient dans le domaine circonscrit par le législateur.

Ce domaine comprend les articles 25 à 28, de la loi du 13 Juillet 1983 qui compte-tenu de la nouvelle numérotation issue de la réforme du 20 avril 2016 englobe en réalité 14 articles couvrant l'ensemble des exigences déontologiques de la fonction publique.

Ce rapport se propose de faire le point sur les thématiques abordées pour l'année 2018 dans le cadre de la mission de conseil du référent déontologue. Afin d'évaluer la place des différentes préoccupations tout en limitant les redites, il sera précisé le cas échéant, le nombre de demandes concernant un même sujet. Je distinguerai les questions liées au cumul d'activités, plus nombreuses, dans le cadre d'une première partie, avant d'envisager les autres questions soulevées par les sollicitations, touchant plus largement à la prévention des risques déontologiques (rôle de la commission de déontologie, conflit d'intérêts, secret professionnel ...) abordées en seconde partie, et le respect de la laïcité en troisième partie.

I. Le cumul d'emplois, une préoccupation fréquente

Sur les trente-sept demandes de conseil, une majorité des questions touche strictement aux cumuls d'emplois, soit 19 questions sur 37.

L'importance relative du cumul d'emplois peut s'expliquer pour différentes raisons. L'effet principal de la reconnaissance du droit au conseil déontologique se traduit en premier lieu chez les agents par une conception pragmatique et souvent utilitaire de la déontologie, l'agent public s'interrogeant sur les possibilités de conciliation de son emploi public avec une autre activité. C'est aussi le résultat d'une évolution de la conception de l'action publique qui, dans le même temps qu'elle affirme une démarche volontariste en matière déontologique pour la sphère publique converge, vers un rapprochement du public et du privé, parfois souhaité par les décideurs publics comme par les agents. Pour ces derniers, le souci de renouvellement, d'évolution professionnelle et le désir d'amélioration des revenus constituent les principales motivations.

La prépondérance des interrogations relatives aux cumuls n'est donc pas vraiment surprenante, car la mobilité public-privé implique le respect de certaines règles et paradoxalement, l'évolution engagée par la loi Déontologie du 20 avril 2016 peut sembler plus

restrictive en matière de cumuls que les textes antérieurs, compte-tenu de la préoccupation déontologique. Elle appelle en tout cas, des éclaircissements.

La loi Déontologie a en effet introduit un article 25 *septies* dans la loi du 13 Juillet 1983, consacré au principe du non –cumul et à ses dérogations. Le dispositif a été précisé par le décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la Fonction Publique.

Pour autant, si le cumul d'activités a constitué le fil conducteur de la majeure partie des sollicitations, les cas de figure sont très différents, et témoignent d'ailleurs de la diversité des métiers et des missions exercées dans le service public territorial ainsi que des difficultés qui en résultent dans l'appréhension du cumul.

Aussi les textes distinguent-ils notamment le cas des agents exerçant à temps plein ou à temps partiel, de celui des agents exerçant à temps non complet. Nous en rendrons compte en présentant les différents cas de figure qui nous ont été soumis sous forme de questions-réponses et en éliminant dans la mesure du possible les questions redondantes.

I.1 Cumul et exercice à temps plein ou partiel

En ce qui concerne les agents exerçant leurs fonctions à temps complet, plusieurs demandes ont été effectuées qui en premier lieu tendent à préciser les limites d'un recours au cumul.

I.1.1 Exercice d'une activité accessoire

M. E., cuisinier responsable de la restauration scolaire dans une commune, employé à temps complet, peut –il exercer occasionnellement une activité de traiteur ?

L'exercice d'une activité complémentaire est envisageable dans le cadre des activités accessoires prévues par l'article 25 septies (IV) de la loi du 13 juillet 1983 modifiée, complété sur ce point par les articles 5 et 6, (1° b) du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 précité. L'article 5 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 énumère ces activités accessoires.

De mon point de vue, l'exercice de l'activité complémentaire envisagée par M. E peut donc s'exercer dans le cadre défini par l'article 25 septies IV de la loi du 13 juillet 1983 modifiée (et les articles 5, 6 et suivants du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 précité) avec l'autorisation de l'employeur dans la mesure où elle peut s'inscrire dans les activités accessoires énumérées à l'article 5 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017, au titre de la vente de biens fabriqués personnellement par l'agent (article 6, 2°, b).

Dans cette hypothèse, l'autorisation de l'employeur public est nécessaire et doit faire l'objet d'une demande de l'agent à l'autorité hiérarchique (art.7 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017). Cette demande doit notamment préciser l'identité de l'employeur ou la nature de l'organisme pour le compte duquel s'exercera l'activité accessoire envisagée ainsi que la nature, la durée, la périodicité et les conditions de rémunération de cette activité accessoire. La décision de l'autorité doit être notifiée dans le délai d'un mois, mais l'absence de réponse expresse s'analyse en une décision de rejet (art. 9 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017). La loi ne donne pas d'indication précise sur le nombre d'heures ou la rémunération que l'activité ne doit pas dépasser, pour être considérée comme accessoire. Il doit s'agir d'une activité occasionnelle,

ou régulière mais limitée dans le temps. L'activité accessoire doit être exercée en dehors des heures de service. Le cumul n'est possible que si la nouvelle activité, exercée auprès d'une personne publique ou privée est en conformité avec les obligations déontologiques de l'agent, ne nuit pas au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ou ne met pas l'intéressé en situation de prise illégale d'intérêt (art. 432-12 du code pénal).

2° En second lieu, le choix d'un cumul d'emploi public avec une activité privée peut aussi être autorisé dans le cadre de la création ou de la reprise d'une entreprise ou d'une activité libérale. L'autorisation de l'employeur public est soumise dans ce cas à un exercice de l'activité principale à temps partiel, au moins égal à un mi-temps (cf. article 25 septies (III) de la loi du 13 juillet 1983 modifiée et article 14 et suivants du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017).

L'agent doit adresser à l'autorité hiérarchique dont il relève, une demande écrite d'autorisation à accomplir un service à temps partiel, pour reprendre ou créer une entreprise. Cette demande doit être effectuée trois mois au moins avant la date de création ou de reprise de l'entreprise ou de l'activité. Si l'agent réunit les conditions favorables au bénéfice de l'activité à temps partiel, l'autorité devra saisir la commission de déontologie dans les conditions prévues par les articles 15, 16 et 17 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017. Il convient de noter que ce cumul est limité dans le temps (deux ans et renouvelable pour une année). Cette activité complémentaire peut aussi s'inscrire dans le cadre d'une création d'entreprise conformément à l'article 25 septies III (et les articles 14, et suivants du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 précité, dans les conditions évoquées précédemment (exercice à temps partiel de l'activité principale).

I.1.2 Activité accessoire ne figurant pas dans la liste

Mme B. exerce des fonctions d'animatrice dans une collectivité ; peut-elle cumuler son activité principale avec celle de sophro-relaxologue ?

La réponse à cette question permet de souligner un des apports principaux de la loi du 20 avril 2016. Cette dernière introduit un article 25 septies nouveau dans la loi du 13 juillet 1983 qui rappelle le principe selon lequel « *le fonctionnaire consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit, sous réserve des exceptions prévues par le même article* ». Au regard des dispositions de cet article, et de celles du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics, le cumul peut être admis dans le cas d'une activité à temps complet à condition que cette activité soit prévue au sein des activités accessoires énumérées par les articles 5 et 6, (1°, b) du décret précité et qu'elle soit autorisée par l'autorité hiérarchique.

En l'occurrence, l'activité pressentie de sophro-relaxologue ne fait pas partie de cette liste d'activités accessoires qui englobe notamment les activités d'enseignement et de formation, et les activités à caractère sportif.

De ce fait, l'exercice de l'activité pressentie ne pourrait être envisagée que dans l'hypothèse d'une création d'entreprise, qui exige que l'agent exerce ses fonctions à temps partiel, ce dernier devant être égal ou supérieur à un mi-temps. Le cumul est soumis à une saisine de la commission de déontologie de la Fonction Publique, organe national, compétent lorsqu'il y a création ou reprise d'entreprise. Ce cumul est limité dans le temps (deux ans et renouvelable pour une année).

Cette dernière hypothèse prévue par l'article 25 septies, III de la loi du 13 Juillet 1983 modifiée apparaît dès lors comme la seule possibilité envisageable dans la situation qui nous est soumise car la nouvelle activité projetée ne s'inscrit pas dans le cadre des activités accessoires défini par les textes (décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017).

I.1.3. Cumul et auto-entreprise

Mme F. exerce à temps plein une fonction d'encadrement dans un établissement public administratif. Peut-elle cumuler son activité principale avec une activité de formation sous la forme de l'auto entreprise (micro-entreprise) ?

Les activités de formation font partie des activités accessoires prévues par le législateur et précisées dans les articles 5 et 6 (1°, b) du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 précité. L'exercice d'une activité accessoire peut être envisagée sous la forme de l'auto-entreprise sous certaines conditions. L'agent doit avoir obtenu l'accord de l'autorité hiérarchique qui vérifie notamment que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service et qu'elle ne met pas l'intéressé en situation de conflit d'intérêts.

L'agent qui souhaite exercer une activité accessoire doit toujours solliciter l'autorisation de son administration pour exercer cette activité. Cette dernière, conformément à l'article 9 du décret du 27 janvier 2017, ne peut être exercée qu'en dehors des heures de service.

I.1.4. Fonctionnaire et gérant de SCI familiale

Mme V., fonctionnaire stagiaire, souhaite savoir si sa situation est compatible avec la gérance d'une Société civile immobilière soumise à l'impôt sur les sociétés créée avec son mari depuis quatre ans, fonction pour laquelle elle ne perçoit pas de rémunération.

L'article 25 septies modifié de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires rappelle le principe selon lequel « le fonctionnaire exerce l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ».

Il prévoit à ce titre qu'il est interdit au fonctionnaire de participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif.

Le même article 25 septies prévoit cependant, des dérogations à l'interdiction de cumul, lesquelles ont été précisées par le décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique.

Dans la mesure où ni la loi modifiée ni le décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 ne mentionnent expressément ce cas de cumul, il me semble qu'il faut raisonner par analogie et s'intéresser aux analyses doctrinales et jurisprudentielles antérieures à l'état du droit actuel.

L'absence de rémunération au titre de la fonction de gérant, permet le rapprochement avec une des dérogations autorisées au principe de non-cumul dans la mesure où de manière traditionnelle, la gestion de son patrimoine par l'agent public est autorisée, et l'activité de conjoint collaborateur peut être autorisée au titre des activités accessoires prévues par le décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017.

Le statut de la Fonction Publique interdit aux fonctionnaires d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative (L. no 83-634, 13 juill. 1983, art. 25, al. 1er, JO 14 juill.), ce qui n'exclut pas la gestion du patrimoine propre.

En revanche, aux termes d'une circulaire du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités et portant application de la loi modifiée n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, « *la libre détention de parts sociales, et la libre gestion du patrimoine personnel et familial, cette liberté ayant pour limite l'acquisition de la qualité de dirigeant, de gérant ou de commerçant: un agent public peut détenir des parts sociales d'une entreprise et percevoir les bénéfices qui s'y attachent à condition de n'être qu'actionnaire de l'entreprise et de ne pas assurer de rôle dirigeant* ». Bien que cette circulaire soit antérieure à la loi du 20 avril 2016, faute d'avoir été remplacée, ou infirmée par les textes et la jurisprudence, les principes qu'elle énonce me semblent conserver leur intérêt. De ce fait, il serait sans doute souhaitable pour cet agent de renoncer à la gérance de cette SCI même s'il peut conserver la qualité d'associé.

I.2 Cumul d'emplois à temps non complet

Plusieurs demandes émanant d'agents exerçant des fonctions à temps non complet m'ont amenée à préciser les conditions prévues par le législateur, comme le montrent les exemples ci-dessous :

I.2.1 Emploi à temps non complet et activité privée (3 demandes)

Mme T. agent territorial appartenant au cadre d'emplois des agents territoriaux spécialisés des écoles maternelles (ATSEM) qui exerce ses fonctions à temps non complet peut-elle exercer une activité privée en complément ?

Le régime prévu par le II de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 et précisé par le décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 prévoit une réglementation des cumuls plus souple en ce qui concerne les agents à temps non complet pour lesquels la durée de travail est inférieure à 70 % de la durée légale. L'emploi à temps non complet se définit comme un emploi dont la durée de travail est inférieure à 35 heures.

Ces agents peuvent donc être autorisés à exercer une ou plusieurs activités privées lucratives dans le cadre de la création ou de la reprise d'une entreprise ou de l'exercice d'activités accessoires. Dans cette hypothèse, la demande de cumul ne suppose pas que l'agent demande à accomplir son service à temps partiel. Ce cumul qui n'implique pas une autorisation spéciale de l'employeur doit faire l'objet d'une déclaration à l'autorité hiérarchique. Même dans ce cas de figure en effet, le cumul d'activités publiques et privées est en effet soumis au respect de deux conditions : l'activité doit avoir lieu en dehors des obligations de service du fonctionnaire et elle doit être compatible avec les fonctions exercées ou l'emploi occupé.

I.2.2. Emploi à temps non complet et activité publique ou privée

Mme G. souhaite savoir si elle peut cumuler son activité d'adjoint d'animation à temps non complet avec une autre activité publique ou privée.

En ce qui concerne les cumuls d'emplois ouverts aux agents occupant un emploi à temps non complet, il convient de distinguer entre le cumul d'emplois publics, et le cumul d'emplois public et privé.

S'agissant du cumul d'emplois publics à temps non complet, il est autorisé de plein droit et le décret n° 91-298 du 20 mars 1991 (portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet) qui s'applique aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet et employés de manière continue, prévoit que la durée totale de service qui résulte d'un cumul d'emplois publics ne doit pas excéder de plus de 15 p. 100 celle afférente à un emploi à temps complet (art. 8).

S'agissant du cumul d'emplois public et privé, l'exercice d'un cumul d'activités pour le titulaire d'un emploi à temps non complet s'inscrit dans le cadre défini par l'article 25 septies, II, 2° de la loi du 13 juillet 1983 issu de la loi Déontologie du 20 avril 2016, prévoyant un régime spécifique dérogatoire pour les fonctionnaires occupant un emploi à temps non complet dont la durée de service hebdomadaire n'excède pas 70 % de la durée légale du travail.

Selon cet article (2° du II de l'article 25 septies de la loi précitée) il est permis au fonctionnaire concerné d'exercer une ou plusieurs activités privées lucratives sous réserve du respect de deux conditions cumulatives : l'activité doit avoir lieu en dehors des obligations de service du fonctionnaire et elle doit être compatible avec les fonctions exercées ou l'emploi occupé.

I.2.3. Fonctionnaire à temps non complet et vente à domicile

Mme H. est fonctionnaire à temps non complet. Sa durée hebdomadaire de travail est de 26 H. Peut-elle exercer un cumul d'activités dans le cadre d'une activité de vendeur à domicile indépendant (VDI) ?

L'activité de VDI peut être considérée comme une création d'entreprise qui nécessite la saisine de la Commission. Toutefois, aux termes de l'article article 25 septies (II) de la loi du 13 juillet 1983 modifiée, le cumul de l'emploi public avec un emploi privé peut être envisagé sur simple déclaration pour le fonctionnaire qui exerce un emploi à temps non complet (durée inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail. Dans ce cas, l'agent peut exercer l'activité pressentie en la déclarant simplement à sa hiérarchie sans qu'il soit nécessaire de saisir la commission de déontologie.

En revanche, l'agent qui exerce un emploi à temps non complet dont la durée de travail est supérieure à 70 % de la durée légale doit, selon la commission de déontologie (avis 17T2542 du 14 septembre 2017) se voir appliquer le régime prévu par le III de l'article 25 septies. Il peut donc être autorisé à exercer une activité privée lucrative dans le cadre de la création ou de la reprise d'une entreprise. Dans cette hypothèse, la demande de cumul ne suppose pas que l'agent demande à accomplir son service à temps partiel. Toutefois, l'administration peut également et à tout moment s'opposer au cumul d'une activité privée qui ne serait pas compatible avec l'exercice des fonctions exercées par l'agent ou l'emploi qu'il occupe ou qui placerait ce dernier en situation de conflit d'intérêts.

Au-delà de la question prépondérante du cumul, le développement de la culture déontologique dans l'administration passe par la prévention des risques déontologiques dans leur grande diversité.

II. La prévention des risques déontologiques divers

La loi du 20 avril 2016 a sensiblement renforcé la place de la commission de déontologie de la fonction publique en élargissant son champ d'intervention et la portée de ses avis. Son rôle demeure cependant méconnu, alors qu'il est désormais accru tant en matière de cumuls que de départ de la Fonction Publique.

II.1 Rôle de la commission de déontologie en cas de cumul

II.1.1 En cas de création d'entreprise

M. R. exerce des fonctions de technicien dans une commune. Il souhaite créer une entreprise de services tout en conservant son emploi public. Son employeur est favorable à cette création d'entreprise. Est-il tenu de saisir la commission de déontologie ?

Le risque de confusion entre le service et l'agent public est toujours possible dans le cas de cumul d'activités, ce qui a conduit le législateur à prévoir une saisine de la commission de déontologie en cas de demande de service à temps partiel –obligatoire– pour créer ou reprendre une entreprise. Ce cumul peut entraîner des réserves de la part de la commission par exemple en ce qui concerne le développement de relations professionnelles de l'entreprise avec le service quitté par l'agent. Si la commission estime que les réserves sont insuffisantes pour garantir le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, elle donnera un avis d'incompatibilité.

La question du cumul d'un emploi public avec certaines activités peut au-delà de l'accomplissement des formalités prévues par les textes poser d'autres difficultés déontologiques liées par exemple au respect de la dignité.

II.1.2. L'appréciation du risque déontologique et du respect de la dignité des fonctions

M. C. agent exerçant des fonctions d'encadrement dans un service administratif peut-il cumuler avec son emploi public une création d'entreprise où il pratiquera des techniques favorisant le bien-être ?

Les techniques liées aux soins du corps ou au bien-être, comme les massages, la sophrologie ou la méditation, sont nombreuses et fondent régulièrement des demandes examinées par la commission de déontologie.

La commission de déontologie se montre vigilante dans le cas de certaines pratiques. Elle vérifie en premier lieu si celles-ci donnent lieu à des actes relevant également d'une profession réglementée et exige que, dans ce cas les titres ou diplômes en permettant l'exercice soient joints au dossier.

Elle rappelle également les prescriptions déontologiques que peuvent comporter les textes particuliers qui réglementent l'exercice de certaines fonctions et donne un avis réservé voire négatif, notamment lorsque les risques de confusion entre l'activité privée envisagée et les fonctions administratives sont importants.

En particulier, la commission s'est montrée depuis plusieurs années, sensible au classement effectué par la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES), dans son guide « **Santé et dérives sectaires** » condamnant à ce titre certaines pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique, jugées non conformes à la dignité des fonctions administratives. Jusqu'en 2017, le classement de la MIVILUDES conduisait la commission de déontologie à donner un avis négatif dans le cas des activités visées, telles que par exemple la programmation neurolinguistique identifiée parmi les pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique recensées par la MIVILUDES comme présentant un risque de dérive sectaire, et pouvant dès lors porter atteinte à la dignité des fonctions administratives de l'intéressé (Avis n°16E1430 du 9 juin 2016). Toutefois le dernier rapport de la commission de déontologie pour 2017 a considérablement assoupli pour l'avenir cette vision en décidant « *que la mention d'une pratique dans le guide publié par la MIVILUDES ou son rattachement à une pratique mentionnée dans ce guide, ne devait plus déterminer le sens de son avis sur les demandes d'agents qui souhaitent exercer une activité à visée thérapeutique non conventionnelle* »² dès lors que cette activité est légale et en dehors des cas où l'activité envisagée est manifestement de nature à porter atteinte à l'image de l'administration à laquelle l'agent appartient, cette dernière vérification étant effectuée pour toute forme d'activité exercée en cumul.

II.1. 3 Saisine obligatoire : délais et portée des avis

M. X a effectué une demande de cumuls en vue d'une création d'entreprise de boulangerie: sa collectivité devra solliciter l'avis de la commission. Il souhaite savoir dans quels délais la commission va répondre et si la collectivité a l'obligation de suivre cet avis?

En ce qui concerne les délais, l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 précitée, dispose que l'agent qui se propose de créer ou de reprendre une entreprise ou une activité libérale doit adresser à son autorité hiérarchique une demande écrite d'autorisation à accomplir un service à temps partiel, trois mois au moins avant la date de création ou de reprise de cette entreprise ou de cette activité.

Les articles 3 et 15 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 prévoient que l'administration doit saisir la commission de déontologie dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle est informée du projet de l'agent. La commission estime toutefois que ce délai est indicatif et qu'elle peut néanmoins être régulièrement saisie après son expiration (avis n° 16E2715 du 10 novembre 2016). La saisine de la commission se fait par téléservice (art.3 et 15 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017).

Par ailleurs, même si cet avis revêt en principe un caractère préalable, la pratique de la commission qui se veut pragmatique, la conduit à donner un avis sur la situation d'un agent public qui a déjà quitté ses fonctions pour rejoindre une entreprise ou un organisme privé, sous réserve cependant que le délai écoulé depuis le départ de l'agent soit inférieur à trois ans et permette encore d'assurer l'effectivité de l'avis. Ce dernier ne régularise pas la période passée, mais permet à l'administration de prendre une décision éclairée.

En ce qui concerne la portée des avis de la commission, trois types d'avis peuvent être distingués : les avis de compatibilité, les avis de compatibilité avec réserves et les avis d'incompatibilité,

² Rapport de la commission de déontologie 2017 p.10

Les avis d'incompatibilité, mais également les avis de compatibilité avec réserves émis par la commission de déontologie de la Fonction Publique lient la décision de l'administration quant à l'activité privée envisagée par leurs agents : l'administration est tenue de suivre l'avis de la commission

En revanche, l'administration n'est pas liée par l'avis de compatibilité et peut donc prendre une décision différente.

II.1.4. Information sur la forme de l'entreprise (2 demandes)

M. V. souhaite créer une entreprise dans les conditions prévues par l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983. Il hésite encore sur la forme à donner à celle-ci. La saisine de la commission de déontologie implique-t-elle une information concernant la forme de l'entreprise ?

Au titre de ces pièces justificatives, l'agent devra notamment fournir une déclaration de création ou de reprise d'entreprise ainsi que les statuts ou projet de statut de l'entreprise en cas de création d'une société (SA, SARL, SAS, EURL).

II.1.5. Cas d'absence de saisine : les activités accessoires (2 demandes)

M. X envisage l'exercice d'une activité accessoire. Cet exercice implique-t-il de saisir la commission de déontologie ?

La commission de déontologie ne se déclare pas compétente dans le cas d'activités accessoires qui peuvent être autorisées directement par l'administration.

II.2. Rôle de la commission de déontologie en cas de cessation temporaire ou définitive des fonctions

II.2.1. Cas d'absence de saisine : maintien dans le secteur public

M. L. est directeur général des services d'une commune. Un agent souhaite prendre une disponibilité pour rejoindre un établissement public. Cette décision justifie-t-elle la saisine de la commission de déontologie ?

Faute de passage dans le secteur privé, une telle disponibilité n'implique pas en principe de saisine de la commission de déontologie.

II.2.2. Contrôle de l'activité en cas de disponibilité

M. Y, garde-champêtre actuellement en disponibilité depuis 2 ans souhaite savoir s'il y a compatibilité entre sa situation et l'exercice d'une activité privée lucrative consistant en la gestion d'une « brasserie » située à 130 km de la ville où il a exercé ses fonctions.

L'article 25 octies (III) de la loi du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires modifiée par la loi Déontologie du 20 avril 2016 prévoit que le fonctionnaire qui cesse ses fonctions temporairement ou définitivement doit saisir la commission de déontologie de la fonction publique, à titre préalable « 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 ». L'article 2 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 (relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique) précise en outre que « l'agent cessant temporairement ou définitivement ses fonctions, placé à ce

titre dans une position conforme à son statut, qui se propose d'exercer une activité privée, est tenu d'en informer par écrit l'autorité dont il relève trois mois au moins avant le début de l'exercice de son activité privée ».

La position statutaire de disponibilité constitue bien une cessation temporaire de fonctions et il est donc nécessaire, en premier lieu, conformément à l'article 2 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017, d'informer par écrit la collectivité employeur du projet. Il conviendra en second lieu, à l'initiative de l'agent ou à celle de l'administration, de saisir la commission de déontologie de la Fonction Publique qui doit vérifier que l'activité envisagée n'est pas contraire à un principe déontologique mentionné par la loi.

II.2. 3. Rôle de la commission de déontologie en cas de démission (2 demandes)

M. K. veut démissionner de la fonction publique pour exercer une activité privée, doit-il quand même saisir la commission de déontologie ?

Aux termes des articles 2 à 4 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017, les agents publics, titulaires et contractuels de droit public ou de droit privé, cessant temporairement ou définitivement leurs fonctions et placés dans une position conforme à leurs statuts, en vue d'exercer une activité privée, sont tenus d'en informer leur employeur public et de lui demander l'autorisation d'un tel exercice, trois mois avant le début dudit exercice ; tout nouveau changement d'activité dans les trois ans à compter de la cessation de fonctions doit donner lieu à une nouvelle information par l'agent de son ancien employeur public, et ce, là encore, trois mois avant la prise de cette nouvelle activité (Décr. n° 2017-105 du 27 janv. 2017, art. 2, al. 1er).

Le délai trimestriel de réponse du dernier employeur public de l'agent public démissionnaire est un délai maximal de réponse. L'administration peut naturellement l'écourter en répondant avant son terme à son « ancien » agent public si tant est que la commission de déontologie, dont l'avis préalable est, en une telle hypothèse, obligatoire, se soit prononcée. En effet, l'avis de la commission de déontologie est requis en cas de démission, dès lors que la loi maintient l'exigence de contrôle déontologique de la commission pour les agents qui quittent ou ont quitté depuis moins de trois ans des fonctions administratives de manière temporaire ou définitive afin d'exercer une activité dans le secteur privé et dans le secteur public concurrentiel.

Il s'agit notamment de vérifier l'absence de conflit d'intérêts entre les activités, le conflit d'intérêts étant au cœur de la préoccupation déontologique.

II. 3. Risques déontologiques majeurs : confusion et conflit d'intérêts

Au sein des risques déontologiques, certaines pratiques font craindre une forme de confusion des intérêts qui dans les cas les plus importants conduisent au conflit d'intérêts sous ses différentes formes.

II.3.1 Cumul et risque de confusion d'intérêts

M. X., chef de service dans une collectivité souhaite se voir confirmer les limites opposables à un agent qui crée une entreprise dans le cadre d'un cumul : peut-il par exemple, utiliser son réseau pour sa nouvelle entreprise?

Comme cela a déjà été souligné précédemment, la nouvelle activité, exercée auprès d'une personne publique ou privée doit être en conformité avec les obligations déontologiques de l'agent et ne doit pas affecter le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service ni mettre l'intéressé en situation de prise illégale d'intérêt (art. 432-12 du code pénal). Une réserve très fréquente de la commission de déontologie concerne l'interdiction de « relations professionnelles » avec le service quitté par l'agent. L'expression doit être interprétée dans le sens strict de l'exclusion de démarches auprès de l'ancien service qui servent nécessairement l'intérêt de l'entreprise rejointe. Lorsqu'un agent quitte son administration pour exercer une activité de prestataire de services, la commission lui demande généralement, selon les circonstances, soit de ne pas proposer ses services à son ancienne administration, soit de ne le faire que dans le cadre d'appels publics soumis aux règles de concurrence. Ainsi, la commission de déontologie requalifie les missions d'expertise et de consultation, (qui peuvent être exercées au regard des textes, à titre accessoire) en missions commerciales, si l'activité privée que souhaite exercer cet agent consiste à apporter son réseau de contacts à l'entreprise qu'il rejoindra et à mener une action auprès des différents acteurs liés au domaine d'activité de l'entreprise, afin que celle-ci puisse commercialiser ses produits. L'activité privée qui, dans ces conditions, n'a pas un caractère accessoire, n'est pas au nombre des activités autorisées au titre de l'article 1^{er} du décret.

Les textes ne règlent pas hélas, clairement toutes les questions déontologiques. Certaines requêtes révèlent des incertitudes persistantes.

En voici un exemple :

II.3.2 La prévention des risques découlant de l'accès à des avantages offerts par une carte professionnelle

M. D. directeur d'établissement public souhaite savoir si l'utilisation des miles acquis par sa carte professionnelle au titre des programmes de fidélité des compagnies aériennes est contraire à la déontologie ?

L'utilisation des miles attachés à une carte professionnelle est une question récurrente qui n'est pas clairement réglée par les textes, ni par la jurisprudence.

En effet, certains arrêts rendus par le juge judiciaire semblent considérer que l'utilisation des miles acquis à titre professionnel pourrait relever d'une forme d'abus de biens sociaux (cf. par exemple, Cour d'appel de Paris, Pôle 6, chambre 10, 24 Février 2016, Répertoire Général : 15/07349, s'agissant de l'utilisation à titre personnel de ces avantages, dans une entreprise recommandant l'utilisation de ces miles à des fins professionnelles). La Cour d'appel de Nouméa dans un arrêt du 21 janvier 2010 a condamné le directeur de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (EPIC) pour détournement de fonds et usage de faux pour avoir notamment utilisé des avoirs mis en compte par Air France au profit de l'OPT, afin de voyager en première classe alors que son contrat de travail prévoyait une prise en charge en classe affaires. Mais la problématique se révèle différente de celle de l'utilisation des miles. L'avoir utilisé par le directeur de l'OPT de Nouvelle Calédonie était mis au compte de l'Office, tandis que les miles sont liés au contrat de transport du passager. L'avantage peut bénéficier non seulement au

passager adhérent, mais aussi à toute personne de son choix, sur toutes les compagnies membres d'une même alliance.

Juridiquement, l'attribution de miles par les compagnies aériennes n'est pas, par nature, différente des cadeaux ou remises accordés afin de fidéliser leur clientèle par les commerçants,

Aussi, les administrations se montrent généralement tolérantes concernant l'utilisation des miles acquis par l'intermédiaire d'une carte professionnelle. On rappellera que la réponse apportée en 2003 par le ministre de Ministère de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer à la question écrite n° 5247 de M. André Vantomme (Sénateur – Groupe République et Liberté) sur la pratique des " miles aériens " va dans le sens de cette tolérance, la réponse ministérielle précisant notamment que les dispositions relatives à l'abus de biens sociaux ne s'appliquent qu'aux gérants des sociétés à responsabilité limitée et aux dirigeants et administrateurs des sociétés anonymes et que les miles sont l'accessoire du contrat de transport du passager et non de la relation entre l'entreprise ou l'administration et la compagnie aérienne. Le ministre précise en outre que l'élément moral constitutif de l'infraction, à savoir la mauvaise foi, est absent dans l'utilisation des miles. Certes selon le ministre, *« une entreprise par son règlement intérieur, auquel le salarié a adhéré en signant son contrat de travail, ou l'administration par un acte réglementaire, pourraient imposer à leurs agents l'utilisation des " miles " au profit de l'organisme qui les a financés »* mais il souligne qu'il en va rarement ainsi et que cet *« avantage est perçu par les salariés et les employeurs comme la contrepartie des conditions de vie réellement difficiles que connaissent tous les voyageurs à titre professionnel, amenés à supporter les inconvénients liés aux décalages horaires et aux vols de nuit, dont les effets sont souvent aggravés par la brièveté des déplacements »*.

La question n'est pas clairement tranchée au plan national, et la problématique des miles aériens dépasse d'ailleurs ce cadre national comme le montre la question écrite (E-5741/2010) posée par un Parlementaire européen M. Martin Ehrenhauser au conseil de l'Union le 22 juillet 2010 concernant l'Utilisation des «miles bonus» cumulés dans le cadre de missions par les fonctionnaires européens, dans le cadre notamment de voyages privés. Cette question n'a pas reçu de réponse publiée.

La réponse apportée par le juge allemand à cette question peut être inspirante : la cour d'appel (LAG Hamm) a tranché le 29 juin 2005 en concluant que les miles appartiennent à l'employeur. Propriétaire des miles, ce dernier pourrait donc obliger le salarié à les utiliser à titre professionnel, ou au contraire, en autoriser un usage privé. Son silence signifierait en revanche qu'il laisse au salarié la liberté dans l'usage.

De toute évidence, la question de l'usage des miles professionnels n'est pas simple à résoudre. En l'absence de jurisprudence ou de réglementation récente sur la question, il serait nécessaire soit que les administrations concernées prennent une position claire sur la question (par ex. par une délibération, si elles souhaitent limiter l'usage de ces miles à un usage professionnel) soit que la commission de déontologie, dans le cadre de sa mission de conseil ou de recommandation identifie et rende publiques les bonnes pratiques en la matière.

II.3.3 La prévention des conflits d'intérêts

La loi du 20 avril 2016 fait aussi du référent déontologue un acteur déontologique contribuant à la prévention des conflits d'intérêts dans la sphère publique. À cet égard, la question du conflit d'intérêts (article 25 bis de la loi du 13 Juillet 1983) m'a également été posée dans deux dossiers appelant des réponses voisines :

En raison de la participation d'un membre de sa famille proche à un appel d'offres concernant un marché dont il a la responsabilité, M. A. directeur d'un établissement public souhaite prévenir une situation potentielle de conflit d'intérêts : quel doit être son comportement ?

La loi du 20 avril 2016 a introduit dans le titre I du statut (L. n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 25 bis nouv.) la définition du conflit d'intérêts déjà précisée par la loi du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique. Il se définit comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions* ».

Sur le plan pénal, le délit de prise illégale d'intérêts, défini à l'article 432-12, alinéa 1^{er}, du code pénal, consiste dans « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ». Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

L'évolution de la prise en compte des situations de conflits d'intérêts tant dans le volet statutaire que dans le volet pénal (avec l'infraction de prise illégale d'intérêts) commande donc la plus grande prudence en la matière, lorsque l'on est confronté dans sa vie professionnelle au risque de conflit d'intérêts. La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a par ailleurs étendu le champ du délit d'octroi d'avantage injustifié (favoritisme). La frontière entre le conflit d'intérêts appréhendé par le Droit pénal et le délit d'octroi d'avantage injustifié apparaît par ailleurs de plus en plus ténue et permet de sanctionner tant le conflit d'intérêts réel que le conflit d'intérêts potentiel. À titre d'exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé le 13 janvier 2016, la condamnation prononcée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, retenant le fait qu'en sa qualité de collaborateur du cabinet du maire de la commune, un agent public a participé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux à la société en rédigeant un rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la commission d'appel d'offres alors qu'il entretient une relation amicale et professionnelle de longue date avec le gérant de cette société.

Il est donc essentiel à titre préventif, d'une part d'envisager le déport qui consiste non seulement à s'abstenir de voter, mais aussi à s'abstenir de participer en amont et en aval à l'exécution d'une décision et d'autre part de prévenir l'autorité territoriale du risque. Il convient donc bien de mon point de vue d'organiser le remplacement de l'agent pour toutes les réunions et échanges relatifs à cet appel d'offres, ce qui signifie une abstention complète en ce qui concerne ce dossier.

II. 4. Le respect du secret professionnel

Madame M. chargée de la coordination dans une collectivité territoriale, d'une équipe de professionnels relevant à la fois du secteur sanitaire et du secteur social souhaiterait l'avis du référent déontologue sur les nécessités d'organisation de l'espace de travail pour respecter les exigences de confidentialité liées au secret professionnel dans l'organisation de l'espace de travail

La demande faisait état d'une difficulté résultant d'une réorganisation de l'espace, conduisant d'une part à un partage de l'espace de travail entre professionnels de santé et professionnels extérieurs à l'équipe médicale et d'autre part à un éclatement de l'équipe médicale, situation préjudiciable à la fois au travail en commun entre les professionnels de santé du service et à la confidentialité de leurs échanges .

Il n'appartient pas en principe au référent déontologue de se prononcer sur les conditions matérielles de travail, mais la question du secret professionnel abordée relève bien du champ déontologique défini par la loi du 13 juillet 1983. Son article 26 dispose en effet que *«les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal»*.

Plusieurs dispositions législatives évoquent en outre l'obligation de secret professionnel qui pèse sur les personnes dépositaires de secrets confiés par les usagers et administrés, obligation notamment justifiée par le droit au respect de la vie privée de ces derniers. Ainsi, le Code de la Santé publique prévoit à son art. L. 1110-4 que *« I. — Toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent code, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations le [la] concernant.»*

L'obligation de secret professionnel est en outre, sanctionnée pénalement, par la disposition, inscrite à l'article 226-13 du code pénal qui prévoit que : *« la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende »*.

Certes, l'article L. 1110-4, modifié par la loi du 26 janv. 2016, prévoit la possibilité d'un partage d'informations entre professionnels d'une même équipe de soins au sens de l'article L. 1110-12, dans la mesure nécessaire à la coordination ou à la continuité des soins ou à son suivi médico-social et social. En revanche, *« le partage, entre des professionnels ne faisant pas partie de la même équipe de soins, d'informations nécessaires à la prise en charge d'une personne requiert son consentement préalable »*.

La définition de l'équipe de soins retenue par l'article L. 1110-12 quoique restrictive ne saurait se limiter à une organisation essentiellement pratique du point de vue institutionnel, qui ne prendrait pas en compte la protection de la confidentialité et du secret médical. Le secret professionnel (ou médical) étant une obligation juridique dont la transgression entraîne une sanction suppose donc une relation de confiance qui doit être préservée, le partage du secret étant strictement délimité par la loi. Pour ces raisons, une organisation qui permettrait de réunir

dans un même espace les membres de l'équipe de soins semble nécessaire pour éviter les risques d'atteinte au secret professionnel.

Le dernier volet de la mission confiée au référent déontologue et laïcité touche à la question du respect de la laïcité.

III Le respect de la laïcité

La loi du 9 décembre 1905 qui pose le principe de séparation de l'Église et de l'État commande à l'État de ne reconnaître, salarier et subventionner aucune religion. La laïcité et la neutralité religieuse de l'État en découlent et s'inscrivent aujourd'hui explicitement dans le statut général introduits par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Cette insertion ne modifie pas l'état du droit clairement énoncé dans la jurisprudence administrative, notamment depuis l'avis Mlle Marteaux du 3 mai 2000 qui énonçait que « *le fonctionnaire est tenu à l'obligation de neutralité. [Il] exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses* ».

L'affirmation du principe de laïcité n'implique nullement la remise en cause de la liberté de conscience et de religion, en revanche, elle fait écho au questionnement sur la compatibilité entre les valeurs essentielles de la société française et certaines pratiques religieuses. Dans le contexte de renouveau du fait religieux, les agents publics doivent se montrer particulièrement vigilants au respect d'un principe de laïcité dont les implications sont essentiellement attachées à l'exercice des fonctions.

La commission « Laïcité et fonction publique » installée en juin 2016 avait identifié quatre problèmes auxquels se trouvent confrontés les services publics: « l'interaction femmes/hommes [...], le port de vêtements ou de signes religieux, les demandes d'autorisation d'absence et, plus rarement, la pratique religieuse sur le lieu de travail ».

La circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la Fonction Publique s'est attachée à préciser la portée de ce principe de laïcité et a préconisé l'accompagnement des agents sur cette question, soit par un référent « laïcité » dédié, soit par le référent déontologue. Ce dernier choix est celui effectué par le centre de gestion 64 qui m'a confié également le volet Laïcité dans le prolongement logique du conseil déontologique.

Au cours de cet exercice, la laïcité a été abordée dans trois sollicitations. Les deux premières en relation avec la discrimination dans la carrière, et avec une accusation de harcèlement moral font apparaître des difficultés relationnelles dans les deux cas avec la collectivité et soulignent de ce fait, une difficulté d'autant plus tangible de recueil d'éléments probants. La troisième saisine à travers un problème concret interroge plus généralement la problématique de la conciliation entre la liberté religieuse et la pratique professionnelle

III.1 Laïcité et discrimination (2 demandes)

Mme V. n'a pas été nommée comme elle l'espérait sur le poste d'ATSEM auquel elle avait postulé, en dépit de sa réussite au concours. Elle est convaincue d'avoir été victime d'une discrimination liée à ses convictions religieuses.

L'argumentation de la collectivité concernant la disparition du poste d'ATSEM qui intéressait cet agent et sa transformation en poste d'agent technique ne l'a pas convaincue. Il convient de rappeler toutefois que l'autorité territoriale, compte –tenu du principe de libre – administration n'est pas tenue de nommer le lauréat d'un concours. L'article 44 de la loi du 26 janvier dispose en effet que « L'inscription sur une liste d'aptitude ne vaut pas recrutement. »

La question de la discrimination peut certes être évoquée dans le cadre déontologique dans la mesure où un comportement discriminatoire s'il est avéré constitue un manquement à l'une des obligations définies à la fois par l'article 6 et par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 lequel dispose que « Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité ». Il est difficile de vérifier ici l'existence d'une discrimination, compte-tenu des éléments communiqués et surtout, dans la mesure où ces questions ne relèvent pas directement du champ de compétences du déontologue, circonscrit à la déontologie des fonctionnaires et à la laïcité. L'agent convaincu de cette situation pourra prendre l'attache d'une organisation syndicale en ce qui concerne ses difficultés de carrière, et en cas de discrimination, celle du délégué du Défenseur des droits qui a juridiquement les moyens d'engager l'échange avec l'administration sur des faits discriminatoires.

III.2 Compatibilité de fonctions dans l'ordre ecclésiastique et de la qualité d'agent public

M. J, directeur d'établissement public voudrait savoir si un fonctionnaire peut accéder au diaconat permanent et occuper des fonctions de diacre dans l'ordre ecclésiastique

La contrainte pesant sur les agents publics ne concerne que la manifestation des convictions religieuses, la liberté de conscience étant absolue. Elle vise à garantir l'égalité de traitement de tous les administrés, y compris dans les apparences : aucun élément ne doit laisser à penser à l'usager qu'il sera traité différemment des autres du fait de ses croyances religieuses (ou d'ailleurs politiques ou philosophiques, puisque l'obligation de neutralité excède les convictions en matière de religion). Elle exclut donc qu'un magistrat ou agent public puisse, dans l'exercice de ses fonctions, arborer un signe religieux ou faire état de ses convictions religieuses, lesquelles doivent être interprétées lato sensu comme incluant l'absence de conviction religieuse (athéisme, agnosticisme, scepticisme) ;

En ce qui concerne le diaconat permanent, l'ordination, qui a pour effet d'intégrer le diacre permanent dans l'ordre de la hiérarchie ecclésiastique, lui confère ainsi l'état clérical à un niveau qui permet toutefois le maintien d'une activité professionnelle. Dans un avis du 21 septembre 1972, l'assemblée générale du Conseil d'État a précisé que "si les dispositions constitutionnelles qui ont établi la laïcité de l'État et celle de l'enseignement, imposent la neutralité de l'ensemble des services publics et, en particulier, la neutralité du service de l'enseignement à l'égard de toutes les religions, elles ne mettent pas obstacle, par elles-mêmes, à ce que des fonctions de ces services soient confiées à des membres du clergé. On peut voir également dans le même sens, la question écrite n° : 7615 publiée au JOAN le 02/12/2002 p. 4568, de M. Chavanne Jean-Marc député et la réponse publiée au JOAN le 17/02/2003 p. 124.

La tolérance existant pour l'enseignant du second degré vaut aussi pour l'agent public en général et est confirmée pour un président d'université par le Conseil d'État qui considère que les principes de neutralité et de laïcité ne constituent pas un obstacle à l'éligibilité d'un prêtre professeur d'université comme président de l'Université (Conseil d'État, 4e et 1re chambres réunies, 27 Juin 2018 - n° 419595).

Rien ne s'oppose donc, *a priori*, à ce qu'un fonctionnaire puisse, en dehors de son service et des obligations qui s'y attachent, assumer des fonctions diaconales dans le cadre du temps libre dont il dispose. L'exercice de ces activités ne doit, en effet, pas nuire à ses fonctions dans le service, ne doit pas le conduire à manifester ses opinions religieuses dans l'exercice de ses fonctions et lui impose un devoir de réserve en dehors de l'exercice de ces fonctions. La compatibilité entre ces fonctions ne peut en effet se concevoir que sous réserve du respect par l'intéressé de la neutralité du service public et des convictions des agents et usagers.

Au-delà de la problématique de la laïcité, il s'agit aussi dans cette dernière question d'interroger la conciliation entre le service public et d'autres activités. Le choix effectué par le centre de gestion des Pyrénées Atlantiques de lier déontologie et laïcité prend ainsi tout son sens.

Au terme de ce premier bilan, et en guise de conclusion, je souhaiterais, monsieur le Président, vous remercier pour la confiance témoignée durant ma première année d'exercice.

J'adresse également mes remerciements pour cette première année de collaboration et son soutien sans failles à M. le Directeur du Centre de Gestion, à l'équipe de direction de même qu'à l'ensemble des personnels avec qui j'ai l'occasion de travailler et qui mettent tout en œuvre pour faciliter ma mission. Celle-ci connaît des limites essentiellement liées au silence des textes. Par exemple, ceux-ci ne prévoient aucune modalité de communication directe avec la commission de déontologie, dont les avis ne sont pas publiés intégralement, même si le rapport annuel en fait état. Cette communication directe ainsi que l'accès aux avis pourraient s'avérer utile dans les cas d'interprétation délicate, compte-tenu de certaines dispositions elliptiques ou sujettes à interprétation variable des textes. Les modalités d'investigation, le cas échéant, du référent déontologue ne sont pas non plus envisagées précisément, ce qui peut limiter la portée de sa fonction de conseil.

Au-delà des améliorations souhaitables sur le plan normatif, une marge de progression demeure pour l'action à venir. Elle passe sans doute par un développement des échanges avec les chefs de service et les élus sous une forme à définir en concertation. La proposition de mettre en place un réseau de déontologues sur un plan national, interrégional ou régional apparaît tout à fait pertinente dans une perspective de renforcement de la communication et de la culture déontologiques.

À l'usage, la cohérence du choix de la désignation d'un référent déontologue également référent laïcité se confirme. Le contenu de la mission pourrait être sans doute utilement et logiquement complétée par celle de référent pour l'alerte éthique, dont l'organisation est prévue par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 et par le décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 (relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État).

Une bonne connaissance des textes applicables, et de la déontologie de la Fonction Publique apparaissent en effet indispensables à cette fonction désormais obligatoire dont l'utilité principale liée à la prévention des conflits d'intérêts et des manquements à la probité est indissociable du champ déontologique.

Le 26 mars 2019



Annie Fitte-Duval

Référent déontologie et laïcité