

Contrôler les mobilités entre les secteurs public et privé pour prévenir les risques d'ordre pénal et déontologique

1 – Bilan global du contrôle des mobilités
entre les secteurs public et privé
page 87

2 – Les résultats des contrôles menés
en 2023 confirment la hausse de la part
des avis de compatibilité avec réserves
observée depuis 2020
page 90

3 – Une doctrine précisée
et plus largement diffusée
page 96

4 – Prioriser et rationaliser la détection
des défauts de saisine et le suivi du respect
des avis de compatibilité avec réserves
et d'incompatibilité
page 101

DANS QUELS OBJECTIFS ?



- **Prévenir les risques d'ordre pénal et déontologique** associés aux mobilités entre les secteurs public et privé
- **Garantir l'impartialité et l'indépendance** de l'action de l'administration

DANS QUELS CAS LA HAUTE AUTORITÉ EST-ELLE SAISIE ?



- Une **saisine préalable obligatoire** de la Haute Autorité pour les fonctions et emplois publics les plus exposés
- Une **saisine préalable de l'autorité hiérarchique**, puis du **référént déontologue en cas de doute sérieux** sur la compatibilité du projet, pour les autres agents publics, la Haute Autorité pouvant être saisie en dernier ressort si ce doute n'est pas levé par l'analyse du référént déontologue

QUI EST CONCERNÉ ?



15 000

responsables et agents publics exerçant les fonctions et emplois les plus exposés

DANS QUELS DÉLAIS SONT TRAITÉES LES SAISINES ?



- Délai maximal de **15 jours** pour les contrôles préalables à la nomination
- Délai maximal de **deux mois** pour les cumuls d'activités pour création ou reprise d'entreprise et pour les mobilités vers le secteur privé



QUELS CONTRÔLES ?

- **Contrôle préalable à la nomination dans les fonctions publiques** si une activité a été exercée dans le secteur privé au cours des trois années précédant la nomination
- **Contrôle du cumul d'activités** avec temps partiel **pour création ou reprise d'entreprise**
- **Contrôle de la mobilité vers le secteur privé**

Bilan global du contrôle des mobilités entre les secteurs public et privé

En dépit d'une actualité politique et électorale de moindre ampleur qu'en 2022, l'activité de contrôle des mobilités entre les secteurs public et privé s'est maintenue à un niveau élevé en 2023. Comme en 2022, la Haute Autorité constate une connaissance inégale des dispositifs de contrôle des mobilités entre les secteurs public et privé dans les administrations.

Une activité de contrôle constante en dépit d'une actualité politique et électorale plus faible

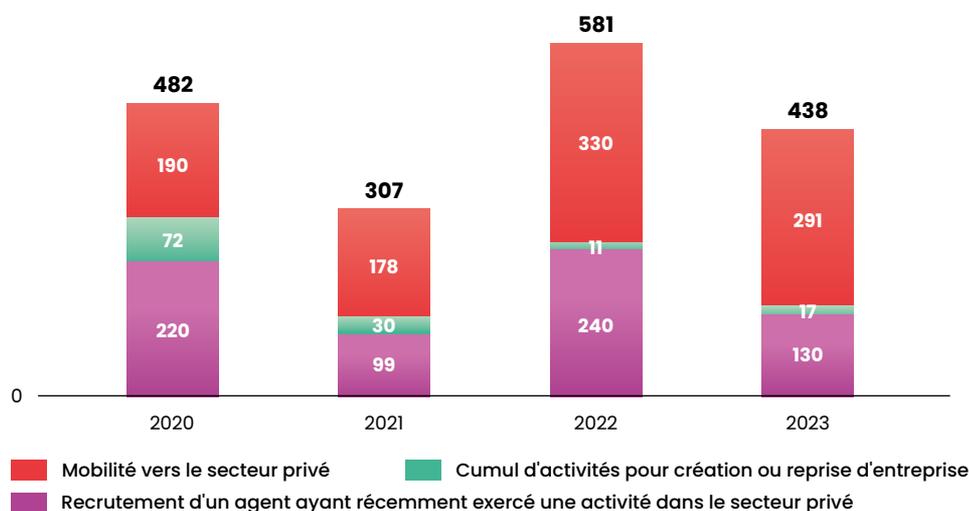
La Haute Autorité a été saisie de 418 projets de mobilité entre les secteurs public et privé en 2023 et a rendu 438 avis⁵¹. Les demandes d'avis ont majoritairement porté sur des projets de mobilité vers le secteur privé (69 %).

En 2022, la formation du nouveau Gouvernement consécutive à l'élection du Président de la République avait suscité de nombreuses mobilités, entrantes comme sortantes, dans les cabinets ministériels. En 2023, l'activité de contrôle des mobilités a été plus intense qu'en 2021 et quasi-équivalente à celle de l'année 2020⁵².

Près de **40 %**  des saisines pour avis sur un projet de nomination ont été reçues en juillet et août 2023

Le remaniement ministériel intervenu en juillet 2023 a entraîné un nombre important de saisines portant sur la nomination de conseillers ministériels ayant exercé une activité privée lucrative dans les trois années précédentes.

Nombre d'avis rendus par la Haute Autorité sur des projets de mobilités depuis 2020



⁵¹. La différence s'explique par des retraits de saisines ainsi que par les variations dues aux dossiers en cours d'une année à l'autre (exemple d'une saisine reçue en 2022 et qui a été traitée en 2023).

⁵². L'année 2020 s'était caractérisée par une quantité substantielle de saisines irrecevables ou ne relevant pas de la compétence de la Haute Autorité, lesquelles sont en moyenne traitées dans des délais beaucoup plus rapides.



COMMENT EXPLIQUER LES FLUCTUATIONS D'ACTIVITÉ D'UNE ANNÉE SUR L'AUTRE ?

Le contrôle des mobilités entre les secteurs public et privé est réparti entre les administrations et la Haute Autorité selon un principe de subsidiarité. La Haute Autorité est ainsi directement saisie des projets de mobilité des responsables publics exerçant de hautes responsabilités tandis que les administrations contrôlent les mobilités de tous les autres agents. En cas de difficulté, les administrations peuvent saisir la Haute Autorité à titre subsidiaire.

Alors que le nombre de saisines par les administrations en cas de difficulté reste stable, le nombre de saisines obligatoires et directes de la Haute Autorité varie fortement d'une année à l'autre, en fonction des échéances politiques et électorales. Les membres du Gouvernement et leurs collaborateurs étant concernés par la saisine directe de la Haute Autorité, les changements de Gouvernement et l'évolution de la composition des cabinets ministériels auxquels ils donnent lieu induisent un accroissement significatif de l'activité de la Haute Autorité.

Des dossiers de saisine mieux constitués mais une appropriation inégale des procédures déontologiques selon les administrations

La complétude des dossiers de saisine s'améliore de façon régulière depuis l'entrée en vigueur de la réforme des contrôles déontologiques en 2020. Le formulaire type mis à disposition des administrations par la Haute Autorité en 2022 et qui leur permet de renseigner tous les éléments d'analyse utiles au contrôle, fait l'objet d'un usage de plus en plus spontané et fréquent.

Les échanges réguliers qu'entretient la Haute Autorité avec le Secrétariat général du Gouvernement et les bureaux des cabinets des ministères, comme par ailleurs ceux entretenus avec les référents déontologiques et les administrations, permettent de fluidifier les procédures de saisine et de limiter l'allongement du délai d'instruction résultant parfois d'un dossier incomplet ou imprécis.

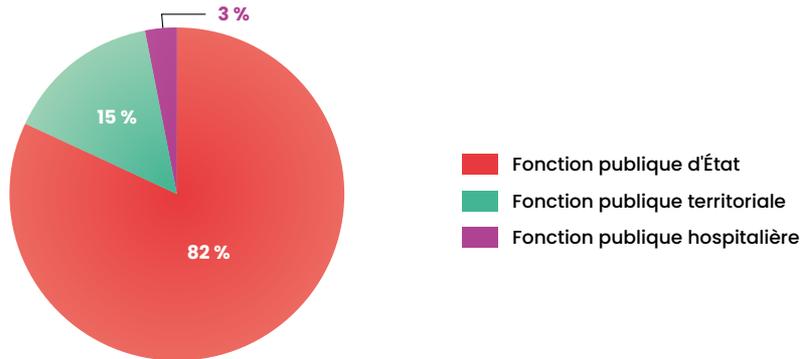
Ces progrès sont néanmoins entachés par les difficultés persistantes que rencontrent certaines administrations.

En 2023, la part des avis d'irrecevabilité, d'incompétence ou de non-lieu à statuer rendus par la Haute Autorité a augmenté (elle s'est élevée à 13 %, contre 3,8 % en 2022), alors qu'elle décroissait régulièrement depuis 2020.

En outre, la Haute Autorité constate un engagement limité des administrations et des référents déontologiques dans la formulation de l'appréciation qu'ils doivent porter sur le projet de mobilité de l'agent en amont de la saisine de la Haute Autorité. Cette appréciation, qui est loin d'être systématiquement mentionnée, est parfois insuffisamment circonstanciée.

Lorsqu'elle est saisie à titre subsidiaire, la Haute Autorité est régulièrement confrontée à l'absence d'avis du référent déontologue, celui-ci pouvant n'avoir jamais été désigné au sein de l'administration concernée. Cette situation s'observe notamment au sein des

Répartition des avis rendus en 2023, par fonction publique dans laquelle exerce l'agent



établissements publics de santé. La Haute Autorité a d'ailleurs rendu un nombre très faible d'avis concernant des agents de la fonction publique hospitalière (12 en 2023, soit 3 % du total).

La Haute Autorité poursuivra en 2024 son travail d'identification des référents déontologues des agents de la fonction publique hospitalière afin de les intégrer au réseau des référents déontologues et de les former aux enjeux du contrôle des mobilités.

Les délais de traitement

La Haute Autorité dispose d'un délai de 15 jours pour se prononcer lorsqu'elle est saisie du projet de nomination d'une personne ayant exercé une activité dans le secteur privé au cours des trois années précédentes, et d'un délai de deux mois lorsqu'elle est saisie de projets de mobilité vers le secteur privé ou de cumul d'activités pour création ou reprise d'une entreprise.

En 2023, la Haute Autorité a strictement respecté ces délais⁵³.



10,7 jours

Délai moyen de traitement des saisines pour contrôle préalable à la nomination

35,6 jours

Délai moyen de traitement des saisines pour création ou reprise d'une entreprise

43,6 jours

Délai moyen de traitement des saisines pour mobilité vers le secteur privé

⁵³. En cas d'absence de réponse à l'expiration du délai légal, la Haute Autorité est réputée rendre un avis de compatibilité.

2

Les résultats des contrôles menés en 2023 confirment la hausse de la part des avis de compatibilité avec réserves observée depuis 2020

La hausse de la part des avis de compatibilité avec réserves dans le total des avis rendus par la Haute Autorité, observée depuis la mise en œuvre de la réforme en 2020, se confirme à nouveau en 2023.

95 % des avis rendus par la Haute Autorité (hors avis d'irrecevabilité et d'incompétence) ont été des avis de compatibilité, dont plus des deux tiers s'accompagnaient de réserves. La hausse de la part des avis de compatibilité avec réserves constatée en 2023 concerne principalement les avis préalables à la nomination. Cela s'explique par une appréciation plus fine des risques, résultant de l'expérience acquise par la Haute Autorité depuis 2020, ainsi que de la volonté de concilier les intérêts de l'administration et celui des personnes qui souhaitent rejoindre la fonction publique.

Sans obérer le projet de mobilité, les réserves permettent de contenir les risques de nature

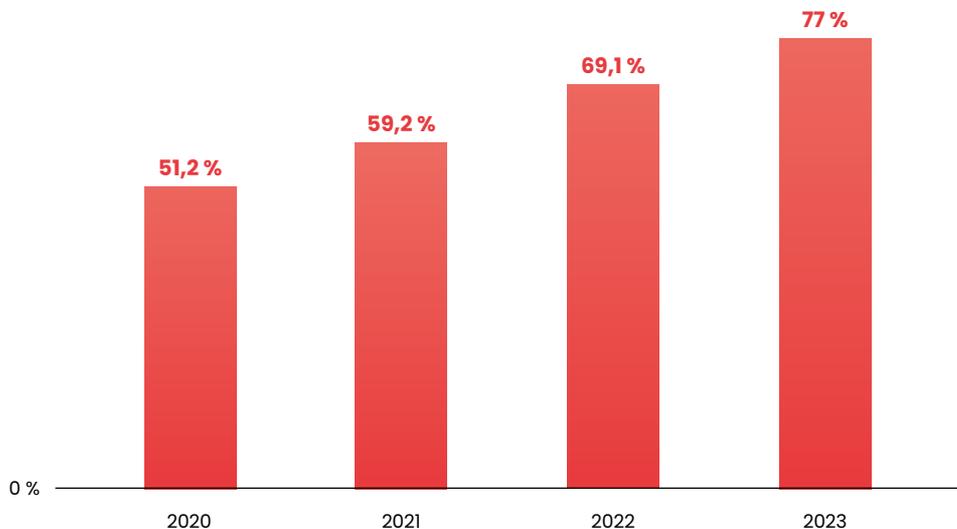
pénale ou déontologique qu'il peut présenter et d'en protéger l'ensemble des parties prenantes. Par ces contrôles, la Haute Autorité veille à la préservation de l'impartialité de l'action publique.

Le contrôle préalable à la nomination

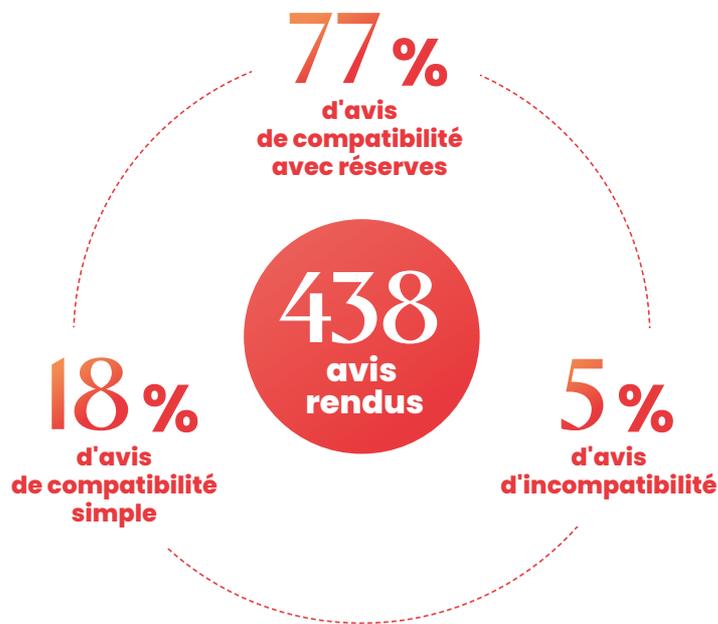
Destiné à prévenir les risques de conflit d'intérêts qui peuvent accompagner le recrutement d'un agent ayant récemment exercé une activité privée, le contrôle préalable à la nomination se caractérise en 2023 par un accroissement significatif des avis de compatibilité avec réserves.

Part des avis de compatibilité avec réserves rendus depuis 2020

(toutes mobilités confondues, hors avis d'irrecevabilité et d'incompétence)



LE CONTRÔLE DES MOBILITÉS ENTRE LES SECTEURS PUBLIC ET PRIVÉ EN 2023



Le contrôle préalable à la nomination

70,9 % d'avis de compatibilité avec réserves

29,1 % d'avis de compatibilité simple

Le contrôle du cumul d'activités pour création ou reprise d'entreprise

100 % d'avis de compatibilité avec réserves

Le contrôle de la mobilité vers le secteur privé

79,5 % d'avis de compatibilité avec réserves

13,3 % d'avis de compatibilité simple

7,2 % d'avis d'incompatibilité



POURQUOI CONTRÔLER LA NOMINATION DE PERSONNES AYANT RÉCEMMENT EXERCÉ UNE ACTIVITÉ DANS LE SECTEUR PRIVÉ ?

Afin de garantir que ce recrutement ne sera pas susceptible de remettre en cause ou paraître remettre en cause l'impartialité de l'action publique, il est parfois nécessaire d'adopter des mesures visant à empêcher que la personne recrutée ne soit en position de connaître des activités de son ancien employeur dans le cadre de ses nouvelles fonctions.

Hors avis d'irrecevabilité et d'incompétence, les avis de compatibilité avec réserves ont ainsi représenté 70,9 % des avis rendus en 2023 sur des projets de nomination, contre 54,2 % en 2022. Il y a lieu de souligner que sur les 130 projets de nomination examinés, aucun n'a fait l'objet d'un avis d'incompatibilité.

97 % des avis rendus ont concerné des membres de cabinets ministériels ou collaborateurs du Président de la République, pour lesquels la saisine de la Haute Autorité est obligatoire. Le nombre de ces avis est donc, plus étroitement que les autres, lié à l'actualité politique et aux évolutions de la composition du Gouvernement et des cabinets ministériels.

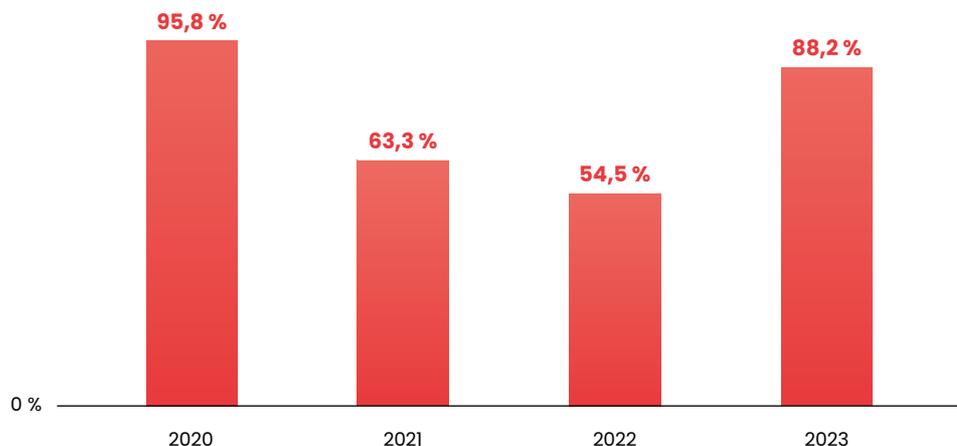
La Haute Autorité relève cependant l'absence de saisine portant sur la nomination de directeurs de grands établissements publics hospitaliers et

de directeurs généraux et directeurs généraux adjoints des services des grandes collectivités, pour lesquels la saisine directe est pourtant obligatoire lorsqu'ils ont exercé une activité privée lucrative au cours des trois dernières années. Conjugué à l'absence de saisine subsidiaire de la part des administrations, ce constat pourrait signifier une mise en œuvre parcellaire du contrôle préalable à la nomination.

Le contrôle du cumul d'activités pour création ou reprise d'une entreprise

Facilité par la loi de transformation de la fonction publique de 2019 afin de fluidifier la mobilité vers le secteur privé des agents publics et d'encourager l'entrepreneuriat, le cumul

Part des avis d'irrecevabilité et d'incompétence rendus sur des projets de cumul d'activités pour création ou reprise d'une entreprise depuis 2020



d'activités pour création ou reprise d'une entreprise et son contrôle préalable restent mal compris des administrations. En effet, le contrôle des projets de cumul d'activités pour création ou reprise d'une entreprise est souvent confondu avec les autres formes de cumul d'activités prévues par le code général de la fonction publique⁵⁴, ce qui donne lieu à un pourcentage élevé de saisines irrecevables du fait de l'incompétence de la Haute Autorité.

La Haute Autorité n'a eu à se prononcer que sur 2 des 17 dossiers reçus en 2023, compte tenu de la très forte proportion (90 %) de saisines irrecevables ou pour lesquelles elle n'était pas compétente. Les deux avis ont conclu à la compatibilité avec réserves des projets des intéressés.

Alors que la part des avis d'irrecevabilité et d'incompétence rendus par la Haute Autorité avait décliné depuis 2020, semblant indiquer une meilleure compréhension de la procédure, elle s'est à nouveau élevée en 2023.

Le contrôle de la mobilité vers le secteur privé

L'issue des contrôles des projets de mobilité vers le secteur privé est d'une grande stabilité, la répartition du sens des avis étant quasi-identique à celle observée en 2022 pour l'ensemble des agents et responsables publics qu'il a concerné.

Mobilités vers le secteur privé



	2022	2023
Compatibilité	13,5 %	13,3 %
Compatibilité avec réserves	79,9 %	79,5 %
Incompatibilité	6,6 %	7,2 %

La Haute Autorité a rendu 264 avis sur des projets de mobilité vers le secteur privé de responsables et d'agents publics en 2023 (hors avis d'irrecevabilité et avis d'incompétence), dont 19 avis d'incompatibilité. Ces derniers ne sont prononcés que lorsque le risque de prise illégale d'intérêts est avéré ou lorsque le risque déontologique est tel qu'aucune mesure de déport ne pourrait le neutraliser. Dès lors qu'il est envisagé de rendre un tel avis, l'intéressé en est informé préalablement et peut produire des observations complémentaires qui sont soumises au collège de la Haute Autorité.

Sur les 19 avis d'incompatibilité rendus en 2023 concernant des projets de mobilité vers le secteur privé, quinze l'ont été en raison d'un risque pénal substantiel, trois en raison d'un risque déontologique substantiel et, dans un cas, en raison d'un risque pénal et d'un risque déontologique ne pouvant être contenus par des réserves.



54. Articles L 123-1 et suivants du code général de la fonction publique



Pour la première fois depuis 2020, **le périmètre des réserves** formulées à l'appui d'un avis de compatibilité a fait l'objet d'un **recours** devant le juge administratif.

À titre d'exemple, la Haute Autorité a émis un avis d'incompatibilité sur le projet d'un directeur général des services qui souhaitait rejoindre une société d'économie mixte (SEM) dont sa collectivité était l'actionnaire majoritaire et à l'égard de laquelle il avait, en approuvant des projets de délibérations relatifs à des opérations réalisées par cette SEM, pris des actes susceptibles d'être considérés comme relevant d'un contrôle ou d'une surveillance au sens de l'article 432-13 du code pénal.

De même, saisie du projet d'un membre du corps préfectoral qui souhaitait rejoindre une entreprise intervenant sur son précédent territoire d'affectation alors qu'il avait, dans l'exercice de ses précédentes fonctions, pris plusieurs actes relatifs à des aides financières accordées à une filiale de cette société, la Haute Autorité, considérant le risque que l'intéressé se place en situation de commettre le délit de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-13 du code pénal, s'est prononcée par un avis d'incompatibilité.

De façon générale, les avis d'incompatibilité sont plus souvent susceptibles de concerner des agents qui exerçaient des missions de contrôle et de surveillance dans des secteurs d'activité très circonscrits et dans lesquels peu d'acteurs privés interviennent ou, au niveau local, des agents qui ont multiplié les interactions avec les acteurs privés dans leur secteur d'activité au cours de leurs fonctions et souhaitent se reconvertir dans ce secteur et sur ce territoire.

Toutefois, dans la majorité des cas (79,5 % en 2023), la Haute Autorité se prononce par des avis de compatibilité avec réserves.



En 2023, les avis portant sur un **projet de mobilité vers le secteur privé** ont concerné **51 agents relevant de la fonction publique territoriale** (18 % des avis rendus). Il s'agit en grande majorité de directeurs généraux ou de directeurs généraux adjoints des services et de directeurs et chefs de cabinet des exécutifs locaux.

UNE DÉCISION DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LA MOBILITÉ VERS LE SECTEUR PRIVÉ D'UN ANCIEN MEMBRE DU GOUVERNEMENT

Le Conseil d'État a été saisi d'un recours en excès de pouvoir visant une délibération par laquelle la Haute Autorité avait prononcé un avis d'incompatibilité à l'égard du projet de mobilité vers le secteur privé d'un ancien membre du Gouvernement.

Dans sa décision n° 472366 du 20 juin 2023, le Conseil d'État a notamment considéré qu'au regard des actes que l'intéressé avait accomplis durant l'exercice de ses fonctions, la Haute Autorité avait pu légalement estimer que le projet de l'intéressé risquait de le placer en situation de commettre le délit de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-13 du code pénal, et, compte tenu de l'absence de réserve permettant de prévenir un tel risque, prononcer un avis d'incompatibilité à l'égard de ce projet.

Par exemple, saisie du projet d'un conseiller ministériel de rejoindre une société spécialisée dans les affaires publiques afin d'y exercer des fonctions de direction, elle a autorisé ce projet de mobilité tout en imposant à l'intéressé de s'abstenir de réaliser toute démarche, y compris de représentation d'intérêts, auprès de son ancien ministre dans le cas où celui-ci exercerait de nouvelles fonctions gouvernementales, ainsi que des membres de son cabinet qui étaient en poste en même temps que lui et qui exercent encore des fonctions publiques, pendant une durée de trois ans.

De même, saisie du projet du directeur de cabinet du maire d'une commune de plus de 20 000 habitants de rejoindre une entreprise afin d'y exercer des fonctions de responsable des affaires publiques, la Haute Autorité a émis un avis de compatibilité avec réserves, imposant à l'intéressé de s'abstenir de réaliser toute démarche, y compris de représentation d'intérêts, auprès des élus et des agents de la commune, ainsi que des établissements publics qui en relèvent, pendant une durée de trois ans.

LES PROJETS DE MOBILITÉ VERS LE SECTEUR PRIVÉ DES MEMBRES DU GOUVERNEMENT

En 2023, la Haute Autorité a rendu 30 avis sur des projets de mobilité vers le secteur privé d'anciens membres du Gouvernement. Si la majorité de ces avis sont des avis de compatibilité (28 sur 30, dont 25 accompagnés de réserves), deux projets de mobilité ont néanmoins fait l'objet d'un avis d'incompatibilité.

À titre d'exemple, la Haute Autorité a émis un avis d'incompatibilité pour un ancien membre du Gouvernement dont le projet était de devenir président, rémunéré, d'un organisme privé constitué sous la forme d'une association dont sont membres tant des entreprises que des organisations professionnelles et des collectivités territoriales et représentant les intérêts d'un secteur d'activité recoupant ses anciennes attributions ministérielles.

Le risque pénal au titre de l'infraction de prise illégale d'intérêts prévue par l'article 432-13 du code pénal a été écarté. En revanche, les risques déontologiques que comportait ce projet de mobilité ont été considérés comme substantiels et insusceptibles d'être neutralisés par une quelconque réserve.

D'une part, le caractère répété et le contexte des rencontres qui étaient intervenues entre cet organisme et le ministre au cours de ses fonctions, ainsi que les divers actes réglementaires pris par lui dans ce secteur d'activité, ont conduit la Haute Autorité à considérer que l'obtention d'un poste stratégique et rémunéré au sein de cet organisme était susceptible de faire naître un doute sur le respect des principes déontologiques qui s'appliquaient à l'intéressé au cours de ses fonctions.

D'autre part, l'exercice des fonctions de président de cette association, dont l'activité consiste pour une part significative à influencer les politiques publiques dans un secteur d'activité qui relevait des attributions de l'intéressé en tant que ministre, a conduit la Haute Autorité à considérer que la réalisation de ce projet de mobilité comportait un risque substantiel de mise en cause du fonctionnement normal, de l'indépendance et de la neutralité de l'administration.

3

Une doctrine précisée et plus largement diffusée

Les administrations étant chargées de procéder au contrôle de la mobilité des agents dans la grande majorité des cas, la diffusion par la Haute Autorité d'une doctrine claire et pragmatique constitue un enjeu central pour la cohérence de l'action administrative en matière de déontologie.

Des contrôles destinés à prévenir les risques d'ordre pénal et déontologique

Le contrôle préalable aux mobilités entre les secteurs public et privé que réalise la Haute Autorité s'inscrit dans une démarche préventive qui vise à sécuriser l'action publique et le projet de l'agent lui-même, au regard de plusieurs risques.

La Haute Autorité s'attache à analyser *in concreto* les situations qui lui sont soumises et à ne poser des limites aux projets de mobilité que lorsqu'elles sont strictement nécessaires au regard des risques identifiés. Ceci se traduit notamment par des réserves circonstanciées qui s'adaptent aux situations rencontrées.

Le plus souvent, ces réserves consistent à interdire à l'intéressé de mener des démarches auprès de son ancienne administration dans le cadre de sa nouvelle activité. Cette interdiction vise notamment à prévenir l'exercice d'activités de représentations d'intérêts qui, compte tenu des anciennes fonctions de l'intéressé et, parfois, de son positionnement hiérarchique, pourraient se faire au détriment du bon fonctionnement de l'administration.

Cette démarche préventive n'a pour objet ni d'empêcher une personne d'acquérir de l'expérience dans le secteur privé ni, à l'inverse, d'empêcher une personne issue du secteur privé de faire bénéficier l'administration de ses compétences.

L'ADAPTATION DES RÉSERVES AU PROFIL DES AGENTS ET À LA NATURE DE LEUR PROJET

Lorsqu'un membre de cabinet ministériel quitte ses fonctions pour rejoindre le secteur privé et que ce projet comporte un risque déontologique, la Haute Autorité demande à l'intéressé de s'abstenir de toute démarche, y compris de représentation d'intérêts, auprès de son ancien ministre et de ses anciens collègues du cabinet, tant que ceux-ci exercent encore, respectivement, des fonctions gouvernementales ou publiques. Ces réserves, dites « à raison de la personne », permettent d'éviter des restrictions à caractère trop général, qui viseraient le cabinet ministériel en lui-même. Néanmoins, lorsque le conseiller ministériel a entretenu des liens d'une particulière intensité avec certains services de l'État, la réserve précitée peut cibler l'ensemble des services⁵⁵.

55. Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, délibération n° 2023-253 du 7 novembre 2023



LES RISQUES EXAMINÉS LORS DU CONTRÔLE D'UN PROJET DE MOBILITÉ

Le risque pénal

Le délit de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-12 du code pénal

Le projet de nomination d'un agent le mettrait-il en situation de prendre des actes de surveillance ou de contrôle à l'égard d'une opération ou d'une entreprise privée dans laquelle il détient un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité ? De la même manière, le projet de cumul d'activités pour création ou reprise d'une entreprise interférerait-il avec ses fonctions de surveillance ou de contrôle ?

Le délit de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-13 du code pénal

Le projet de mobilité vers le secteur privé d'un agent ou ancien agent impliquerait-t-il une prise de participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise à l'égard de laquelle il a réalisé des actes de contrôle ou de surveillance au cours des trois dernières années ?

Ce que la Haute autorité n'examine pas

Le contrôle de la Haute Autorité se borne à apprécier la compatibilité du projet de mobilité professionnelle avec le respect des obligations pénales et déontologiques. Il ne lui appartient donc pas de se prononcer sur l'opportunité de ces projets ou leur compatibilité avec l'exercice d'un mandat électif, au sens du code électoral.

En pratique, seule une proportion très faible de projets de mobilité fait l'objet d'avis d'incompatibilité⁵⁶. Lorsqu'ils ont été formulés, ces avis ont protégé les personnes concernées en évitant que leur impartialité soit mise en cause, voire de faire l'objet de poursuites pénales. Par ailleurs, l'indépendance et l'impartialité de l'administration ont été préservées, ainsi que son image. Dans les cas de mobilité vers

Le risque déontologique

La méconnaissance de l'exigence de prévention des conflits d'intérêts qui s'imposait lors des fonctions publiques

Y a-t-il eu des interférences avec l'activité envisagée qui sont suffisamment fortes pour faire naître un doute raisonnable sur l'indépendance, l'objectivité et l'impartialité avec laquelle l'intéressé a exercé ses fonctions et, en particulier, sur le risque de détournement des fonctions afin de préparer sa reconversion ?

La mise en cause du fonctionnement normal, de l'indépendance ou de la neutralité du service

La nouvelle activité privée envisagée par l'agent impliquerait-t-elle qu'il entreprenne des démarches auprès d'anciens collègues ou subordonnés hiérarchiques, susceptibles de remettre en cause le fonctionnement de son ancienne administration ?

le secteur privé, les entreprises qui auraient pu recruter les intéressés ont, elles aussi, préservé leur réputation.

Enfin, certaines catégories stratégiques d'agents ne sont soumises à aucun contrôle en cas de mobilité vers le secteur privé, à l'image des agents, quel que soit leur statut, des établissements publics à caractère industriel et

56. Cf. p. 91

commercial (EPIC) de l'État et de certains établissements publics spéciaux. Ces derniers entrent notamment dans le champ de l'article 432-13 du code pénal, qui sanctionne la prise illégale d'intérêts à l'issue des fonctions exercées au sein de ces établissements publics, sans qu'un contrôle préalable *ad hoc* ne soit organisé. Un tel contrôle permettrait de protéger l'agent comme l'établissement d'une mise en cause ultérieure, un constat déjà soulevé par la Haute Autorité dans ses précédents rapports d'activité⁵⁷.



Proposition

Étendre le champ de contrôle de la Haute Autorité sur les mobilités vers le secteur privé à certains agents, quel que soit leur statut, de certains EPIC de l'État tels que l'UGAP ou la Solideo, d'établissements publics spéciaux comme la Caisse des dépôts et consignations ainsi que d'agents d'établissements publics rattachés aux collectivités territoriales, tels que les offices publics de l'habitat.

Une consolidation de la doctrine de la Haute Autorité qui passe notamment par une définition plus précise de son champ de compétence

La Haute Autorité s'efforce de détecter les cas d'irrecevabilité et d'incompétence dès réception des saisines et de préciser sa compétence dans les cas qui ne relèvent pas d'une doctrine déjà établie.

Afin d'harmoniser l'action des administrations, les avis concernés sont publiés sur le site Internet de la Haute Autorité.

Les **23 avis d'incompétence** rendus en 2023 sont répartis en parts quasi égales entre chacun des trois types de mobilité contrôlés.

S'ils ne représentent que **3 %** des avis portant sur les projets de mobilité vers le secteur privé, ils représentent en revanche **40 % des avis rendus sur des projets de cumul d'activités** pour création ou reprise d'une entreprise.

Compte tenu de la nature de ses contrôles, la Haute Autorité est amenée à apprécier très fréquemment si les éléments constitutifs des infractions de prise illégale d'intérêts sont réunis.

Si sa doctrine s'enrichit des nombreuses interactions qu'elle entretient avec les collectivités territoriales, les administrations et les référents déontologues, elle tient d'abord compte de la jurisprudence des juges administratif et pénal.

Le délit de prise illégale d'intérêts prévu à l'article 432-13 du code pénal ayant donné lieu à peu de jurisprudence de la Cour de cassation, la Haute Autorité, tenue d'apprécier le risque pénal, est nécessairement amenée à interpréter les dispositions pénales.

Dans sa décision n° 440963 du 5 novembre 2020, le Conseil d'État a jugé que, lorsque la Haute Autorité examine si le projet de l'agent risque de le placer en situation de commettre les infractions prévues aux articles 432-12 ou 432-13 du code pénal, il lui appartient « *non d'examiner si les éléments constitutifs de ces infractions sont effectivement réunis, mais d'apprécier le risque qu'ils puissent l'être et de se prononcer de telle sorte qu'il soit évité à l'intéressé comme à l'administration d'être mis en cause* ».

57. Cf. rapport d'activité 2021 p. 79

DE NOUVELLES PRÉCISIONS APPORTÉES QUANT AU CHAMP DE CONTRÔLE DES MOBILITÉS ENTRE LES SECTEURS PUBLIC ET PRIVÉ

Un exemple de fonctions ne relevant pas du contrôle de la Haute Autorité : le président du Domaine national de Chambord⁵⁸

Le président du conseil d'administration d'un établissement public, lorsqu'il n'assure pas la direction de l'établissement, n'occupe pas un emploi au sein de celui-ci. Sa nomination ne saurait donc relever du contrôle préalable à la nomination prévu à l'article L. 124-8 du code général de la fonction publique, alors même que cette fonction est par ailleurs soumise, en application du 2° du III de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013, au dépôt d'une déclaration de situation patrimoniale et d'une déclaration d'intérêts auprès de la Haute Autorité.

En l'espèce, le président du conseil d'administration du Domaine national de Chambord fixe l'ordre du jour du conseil d'administration, le convoque et en dirige les travaux, mais n'assure pas la direction de l'établissement, qui est confiée au directeur général, commissaire du domaine. La nomination à cette fonction d'une personne ayant exercé une activité privée lucrative au cours des trois dernières années ne doit pas faire l'objet d'un contrôle préalable au sens des dispositions précitées.

Un autre exemple de fonctions ne relevant pas du contrôle de la Haute Autorité : les fonctions d'expert national détaché hors de l'administration française⁵⁹

La Haute Autorité a été saisie du projet de mobilité vers le secteur privé d'un agent contractuel de la fonction publique d'État souhaitant rejoindre une entreprise privée. Au cours des trois années écoulées, l'intéressé avait également été membre d'un cabinet ministériel et exercé des fonctions d'expert national détaché au sein de la Commission européenne.

Lorsqu'elle est saisie directement d'un projet de mobilité vers le secteur privé au sens de l'article L. 124-5 du code général de la fonction publique, comme c'est le cas s'agissant d'un ancien membre de cabinet ministériel, la Haute Autorité est fondée à émettre un avis qui porte sur l'ensemble des fonctions publiques exercées par l'intéressé au cours des trois années précédant le début de l'activité privée, y compris celles qui ne nécessitent pas, normalement, une saisine directe en vertu de l'article L. 124-5.

À cette occasion, la Haute Autorité a estimé que, dès lors qu'elles sont exercées hors de l'administration française, les fonctions des experts nationaux détachés, mis à disposition par leur administration d'origine auprès des institutions européennes, sont hors du champ d'application du contrôle de la mobilité.

⁵⁸. Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, délibération n° 2023-122 du 3 mai 2023

⁵⁹. Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, délibération n° 2023-146 du 30 mai 2023

À titre d'exemple, l'article 432-13 du même code s'applique dans « un délai de trois ans suivant l'expiration » des fonctions de contrôle et de surveillance qu'il mentionne. Si cette disposition peut conduire à interpréter littéralement le délai de trois ans comme courant à compter du moment où l'intéressé quitte ses fonctions, la Haute Autorité a adopté une approche plus pragmatique, et estimé que le délai de trois ans devait être regardé comme courant à compter du dernier acte de contrôle ou de surveillance réalisé par l'intéressé à l'égard de l'entreprise qu'il souhaite rejoindre.

D'autres notions, telles que celles d'« entreprise privée » et de « contrats de toute nature », ont fait l'objet de réflexions approfondies.

À la suite de l'examen d'un projet de mobilité vers le secteur privé⁶⁰, la Haute Autorité a ainsi considéré que les contrats de mécénat devaient être regardés comme des « contrats de toute nature » au sens de l'article susvisé. Dans la situation qui était examinée, elle a estimé que l'intéressé se placerait en situation de commettre le délit de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-13 s'il prenait pour cliente une société ou s'il prenait une participation par conseil ou par capital au sein d'une société avec laquelle il avait conclu un contrat de mécénat au cours des trois dernières années.



La publication des avis peut se faire sous forme de résumés anonymisés ou *in extenso*.

Préalablement à la publication d'un avis dans sa totalité, la personne intéressée est mise en mesure de présenter ses observations.

En tout état de cause, la Haute Autorité veille à ce que les informations susceptibles de porter atteinte à des secrets protégés par la loi – secret de la défense nationale ou secret des affaires par exemple – soient occultées avant publication.



avis rendus publics en 2023

soit **25 %** des avis rendus par la Haute Autorité sur des projets de mobilité entre les secteurs publics et privé, contre **6,5 %** en 2022.

Une diffusion plus large de la doctrine de la Haute Autorité grâce à la publication des avis relatifs au contrôle des mobilités

Afin de renforcer la diffusion de sa doctrine, de participer à assurer la cohérence de l'action déontologique administrative et de favoriser les bonnes pratiques, la Haute Autorité a décidé de rendre public un plus grand nombre de ses avis. Elle publie désormais de façon systématique les avis concernant les projets de mobilité de membres des cabinets ministériels et des collaborateurs du Président de la République.

Elle publie également au cas par cas les avis relatifs à d'autres responsables et agents publics qui relèvent de sa compétence obligatoire, selon le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions exercées par l'intéressé, l'intérêt doctrinal de la décision prise ou le caractère déjà public du projet de mobilité.

111 avis ont été publiés en 2023 sur le site Internet de la Haute Autorité⁶¹ (contre 38 en 2022), concernant, pour la très grande majorité, des projets de mobilité vers le secteur privé.

Outre la bonne information du citoyen, la publication des avis permet de porter à la connaissance du plus grand nombre la doctrine de la Haute Autorité, notamment auprès des administrations, des référents déontologues et des agents publics eux-mêmes.

Afin d'assurer un partage plus large de la doctrine, les référents déontologues devraient pouvoir être systématiquement destinataires des avis que rend la Haute Autorité sur les cas à l'égard desquels ils ont eu à se prononcer. Comme

⁶⁰. Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, délibération n° 2023-217 du 26 septembre 2023

⁶¹. Délibérations du collège de la Haute Autorité : hatvp.fr/consulter-les-deliberations-et-avis/

le prévoit le mécanisme de subsidiarité, les administrations, chargées de contrôler les projets de mobilité de leurs agents, peuvent solliciter le référent déontologue en cas de doute sur la compatibilité du projet de mobilité avec les règles déontologiques en vigueur. Lorsque ce doute n'est pas levé par l'avis du référent déontologue, l'administration saisit la Haute Autorité, qui examine le projet et rend un avis.

Les textes ne prévoient pas que cet avis soit notifié au référent déontologue et il est constant que les administrations n'en assurent pas nécessairement ni spontanément la transmission. Cette lacune empêche les référents déontologues de suivre les dossiers sur lesquels ils se sont prononcés et plus largement, de mieux

connaître la position de la Haute Autorité, alors même qu'ils jouent un rôle charnière tant dans le contrôle des projets de mobilité que dans le conseil qu'ils dispensent aux agents, parfois en amont de cette procédure.



Proposition

Prévoir que les avis de la Haute Autorité en matière de contrôle des mobilités des agents publics soient systématiquement notifiés au référent déontologue qui s'est prononcé préalablement sur le projet de mobilité.

4

Prioriser et rationaliser la détection des défauts de saisine et le suivi du respect des avis de compatibilité avec réserves et d'incompatibilité

La détection des défauts de saisine et le suivi des avis formulés par la Haute Autorité constituent des aspects essentiels du contrôle, dont ils garantissent la pleine effectivité.

Présentation des suivis

La Haute Autorité mène un travail de veille quotidien afin de détecter les situations dans lesquelles elle n'a pas été saisie des projets de mobilité d'agents entrant dans le champ de sa compétence.

Ces défauts de saisine, qui concernent essentiellement des mobilités vers le secteur privé, résultent davantage d'un manque d'information que d'une volonté délibérée de se soustraire au contrôle.

Lorsqu'elle prend connaissance d'une telle situation, la Haute Autorité en avise l'intéressé et, s'il s'agit d'un agent public, son administration. En l'absence de réaction de l'administration ou de l'agent, la Haute Autorité se saisit d'office.

Plus de

40 dossiers suivis en 2023

10 auto-saisines par la Haute Autorité

Pour les autres dossiers : une saisine *a posteriori* par l'administration elle-même, ou une absence de suite après échange avec l'intéressé.

Aucune infraction pénale constatée dans le cadre de ce suivi (contre 4 en 2022).

DES EXEMPLES D'AUTO-SAISINES DE LA HAUTE AUTORITÉ EN 2023

Concernant un membre de cabinet ministériel :

Alors qu'il avait exercé une activité au sein d'une société anonyme à capitaux publics, un conseiller ministériel est retourné au sein de la même société au terme de ses fonctions publiques, sans requérir l'avis préalable de son autorité hiérarchique.

Même lorsqu'elle est entièrement détenue par l'État, une société publique, dès lors qu'elle exerce son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles du droit privé, est qualifiée d'entreprise privée, ce qui justifie qu'un contrôle soit réalisé préalablement à la mobilité.

Concernant un agent de collectivité territoriale :

Saisie en 2022 du projet d'un agent public en position de détachement au sein d'une collectivité de rejoindre une entreprise privée, la Haute Autorité a émis un avis d'incompatibilité au regard du risque pénal qu'il présentait. Son détachement au sein de la collectivité achevé, l'intéressé avait obtenu de la part de son administration d'origine, dans laquelle il était retourné, une mise en disponibilité afin de rejoindre une entreprise privée. Or, compte tenu des fonctions publiques qu'il avait exercées au cours des trois dernières années, son administration d'origine était obligatoirement tenue de saisir la Haute Autorité du projet de l'intéressé, préalablement à son placement en disponibilité.

Responsable de l'appréciation à porter sur le projet de mobilité de l'un de ses agents, l'administration d'origine est tenue de s'informer des activités qu'il a réalisées au cours de son détachement et, le cas échéant, d'adresser une demande d'avis à la Haute Autorité.

Lorsqu'elle constate que l'intéressé a manifestement méconnu ses obligations déontologiques, voire qu'il est susceptible d'avoir commis le délit de prise illégale d'intérêts prévu par l'article 432-13 du code pénal, la Haute Autorité a différents moyens d'action.

Un suivi du respect des réserves et des avis d'incompatibilité qui nécessite des moyens supplémentaires pour gagner en efficacité

Les avis d'incompatibilité et les réserves dont peuvent être assortis les avis de compatibilité lient l'administration et s'imposent à l'agent public.

Les avis d'incompatibilité font l'objet d'un suivi systématique par la Haute Autorité. Bien qu'essentiel à la crédibilité et l'efficacité des contrôles, le suivi des 295 avis de compatibilité avec réserves rendus en 2023 n'a pu être mené avec exhaustivité faute de disposer de moyens suffisants.

La Haute Autorité relève à cet égard que le régime de sanctions prévu par l'article L. 124-20 du code général de la fonction publique en cas de manquement aux réserves ou à l'interdiction de réaliser le projet de mobilité – applicable également aux défauts de saisine – est lacunaire et difficilement applicable en l'état.



DÉFAUT DE SAISINE : LES CAS LES PLUS FRÉQUENTS

- les agents contractuels, moins sensibilisés aux obligations des agents publics que les fonctionnaires ;
- les agents qui cessent temporairement leurs fonctions – dans le cadre d’une mobilité notamment ;
- les personnes qui changent d’activité dans les trois ans suivant la cessation de leurs fonctions et qui ignorent que toute nouvelle activité privée lucrative durant cette période doit donner lieu à une autorisation préalable ;
- les agents partis à la retraite.

Ainsi, l’article L. 124-20 précité prévoit que les sanctions listées s’appliquent également en cas d’absence de saisine préalable de l’autorité hiérarchique, autrement dit, par exemple, à un agent qui aurait débuté l’exercice d’une nouvelle activité sans en obtenir l’autorisation préalable. Cependant, le 3^o de cet article dispose que « *l’administration ne peut procéder au recrutement de l’agent contractuel intéressé au cours des trois années suivant la date de notification de l’avis rendu par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique* », alors même que le défaut de saisine implique par définition une absence d’avis de la Haute Autorité. Ce point, comme d’autres, nécessiterait d’être clarifié.

Surtout, le renvoi fait à l’article L. 124-14 du code général de la fonction publique, qui évoque les avis rendus par la Haute Autorité, indique que les sanctions listées par l’article L. 124-20 ne peuvent être prononcées qu’en cas de méconnaissance de l’avis de la Haute Autorité, mais non lorsque cet avis émane de l’autorité hiérarchique. Au regard de l’objectif de la réforme introduite en 2019, qui était de privilégier le contrôle des mobilités par les administrations, ces dernières sont très limitées dans leurs moyens d’actions en cas de méconnaissance de leurs avis.

Les moyens à disposition de la Haute Autorité pour assurer le suivi des réserves



- Demande aux intéressés « *de toute explication ou de tout document* » permettant de justifier du respect de l’avis
- Recherches en sources ouvertes
- Signalements



Proposition

Prévoir que les sanctions listées à l’article L. 124-20 du code général de la fonction publique, applicables au non-respect des avis de la Haute Autorité, le soient également au non-respect des avis de l’autorité hiérarchique, et clarifier les modalités d’application desdites sanctions.