

COMMISSION INSTITUTEE PAR L'ARTICLE 87 DE LA LOI N° 93-122

DU 29 JANVIER 1993

- FONCTION PUBLIQUE DE L'ETAT -

RAPPORT AU PREMIER MINISTRE

(MARS 1995 - MARS 1996)

* *
*

Ce rapport a été adopté par la Commission en sa séance du 6 juin 1996.

INTRODUCTION

Installée le 16 mars 1995 par le ministre de la fonction publique, la commission chargée, en vertu de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 modifiée, d'apprécier la compatibilité avec leurs fonctions précédentes des activités privées que souhaitent exercer des fonctionnaires de l'Etat devant cesser temporairement ou définitivement leurs fonctions est parvenue au terme de sa première année d'activité.

Entre mars 1995 et mars 1996, et compte tenu de l'obligation pour elle de statuer dans un délai d'un mois, la commission s'est réunie à 17 reprises et a rendu 552 avis, soit une moyenne de 32 avis par séance. La sécheresse de la statistique ne doit pas masquer toutefois l'importance et la diversité des questions auxquelles la commission n'a pas manqué, dès le départ, d'être confrontée et, symétriquement, la richesse de ce premier exercice.

Cette première année a été marquée, tout d'abord, par la nécessité, pour la commission, d'ajuster progressivement ses méthodes de travail et ses procédures d'instruction à la masse de dossiers dont elle devait être saisie. De ce point de vue, elle n'a pu que se féliciter de la tâche accomplie par ses rapporteurs afin de lui permettre de parfaire son information sur chacun des dossiers qui lui ont été soumis. Elle a constaté, par ailleurs, les progrès lents mais tangibles de la connaissance du nouveau dispositif de contrôle de compatibilité au sein des administrations gestionnaires comme auprès des agents concernés. Elle a pris acte, enfin, de l'attitude généralement positive manifestée par ces administrations et ces agents vis-à-vis de l'exercice de sa mission.

Cette première année a été aussi, bien sûr, l'occasion de dégager plusieurs lignes d'avis qui constituent un cadre utile pour apprécier plus concrètement le contenu des prohibitions posées par le décret du 17 février 1995.

C'est l'ensemble de ces découvertes, de ces ajustements et de ces avancées qu'a pour but de retracer le présent rapport, établi à l'attention du Premier ministre, conformément aux dispositions de l'article 4 du décret du 17 février 1995, au terme d'une année d'activité.

Ce rapport comporte trois parties respectivement consacrées :

- au bilan de l'activité de la commission ;
- à l'analyse de la jurisprudence ;
- aux premières suggestions qu'une année de pratique des textes paraît devoir appeler.

S'agissant de l'application d'un dispositif entièrement nouveau, il n'a pas semblé inutile de faire précéder le présent rapport d'un bref rappel historique soulignant ses origines diverses et parfois anciennes.

1. LES ORIGINES DU DISPOSITIF

L'exercice d'activités privées rémunérées par des fonctionnaires ayant temporairement interrompu leur carrière ou définitivement cessé toute activité publique est, depuis longtemps, encadré par des dispositions législatives, tant pénales que statutaires.

Disposition ancienne, issue de la loi du 6 octobre 1919, modifiée par les lois du 23 décembre 1960 et 17 juin 1967, l'article 175-1 du code pénal définissait le délit d'ingérence comme le fait, pour tout fonctionnaire, agent ou préposé d'une administration publique, d'apporter sa participation par travail, conseils ou capitaux, pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation de fonction, à une entreprise privée dont la surveillance ou le contrôle lui avait été préalablement confié à raison de ses fonctions ou avec laquelle il avait passé, au nom de l'Etat, des marchés ou contrats de toute nature. Depuis la loi du 23 décembre 1960, ces dispositions s'appliquent aux agents des établissements publics, des entreprises nationalisées, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 p. cent du capital.

Aux dispositions de l'article 175-1, la loi du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal a substitué celles de l'article 432-13 relatives au délit de prise illégale d'intérêt.

Le texte nouveau ne modifie pas la définition du délit : est sanctionné pénalement le fait pour une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public ou agent ou préposé d'une administration publique, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit d'exprimer un avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de cette fonction. Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux, dans une entreprise privée qui possède au moins 30 p. cent de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises précédemment visées. Mais est désormais assimilée à une entreprise privée, pour l'application de l'article 432-13, toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

Au plan statutaire, des limitations de principe au départ vers le secteur privé ont été instaurées dès 1946 : l'article 136 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires prévoyait ainsi qu'un règlement d'administration publique définirait les activités privées, qu'à raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui a été mis en disponibilité ne pourrait exercer. Cette formule a été reprise à

.../...

l'article 54 du statut général institué par l'ordonnance du 4 février 1959. Elle inspire également la rédaction de l'article 72 du titre II du nouveau statut général (loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat) :

"Un décret en Conseil d'Etat définit les activités privées qu'en raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui a été mis en disponibilité ne peut exercer. S'agissant de fonctionnaires ayant cessé définitivement leurs fonctions, il peut prévoir que cette interdiction sera limitée dans le temps.

En cas de violation de l'une des interdictions prévues au présent article, le fonctionnaire retraité peut faire l'objet de retenues sur pension et, éventuellement, être déchu de ses droits à pension après avis du conseil de discipline du corps auquel il appartenait."

La même interdiction figure, en des termes analogues, à l'article 95 du titre III du statut général (loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale) et à l'article 90 du titre IV (loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière).

Si l'interdiction posée par le statut général de 1946 et par celui de 1959 est longtemps restée lettre morte, faute d'adoption des mesures réglementaires nécessaires à son application, la publication du décret du 17 janvier 1991, pris pour l'application de l'article 72 de la loi du 11 janvier 1984, a constitué une première étape en vue de l'instauration d'un mécanisme de contrôle des départs vers le secteur privé : le champ de l'interdiction visée par le statut général était ainsi, pour la première fois, clairement précisé ; une commission ad hoc était en outre instituée à charge pour elle d'émettre un avis sur la compatibilité des activités privées envisagées avec les fonctions administratives effectivement exercées par le fonctionnaire concerné. La saisine de cette commission, compétente à l'égard des seuls fonctionnaires de l'Etat, n'était toutefois obligatoire que dans l'hypothèse où l'administration envisageait d'opposer une incompatibilité.

Aussi ce dispositif a-t-il été singulièrement renforcé, en deux temps, par le législateur.

Souhaitant étendre la procédure de contrôle, le législateur a, tout d'abord, prévu l'instauration d'une commission consultative commune aux trois fonctions publiques, chargée d'émettre un avis sur la compatibilité avec les fonctions antérieures de l'activité privée envisagée : tel est l'objet de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Puis, et avant même d'entrer en vigueur, ce dispositif nouveau a été modifié par la loi n° 94-530 du 28 juin 1994 relative à certaines modalités de nomination dans la fonction publique de l'Etat et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées. Dans sa rédaction nouvelle, l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 prévoit désormais l'institution de trois commissions consultatives distinctes, propres à chacune des fonctions publiques, mais, surtout, il fait de leur consultation une obligation :

"Au sein de chacune des trois fonctions publiques, il est institué une commission qui est obligatoirement consultée par les administrations pour l'application des dispositions prévues à l'article 72 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, à l'article 95 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et à l'article 90 de la loi n° 86-33 de la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

Les commissions instituées à l'alinéa précédent sont chargées d'apprécier la compatibilité avec leurs fonctions précédentes des activités que souhaitent exercer en dehors de leur administration des fonctionnaires devant cesser ou ayant cessé définitivement leurs fonctions par suite de leur radiation des cadres ou devant être placés en position de disponibilité.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article".

Le décret n° 95-168 du 17 février 1995 a donc eu pour objet de mettre en oeuvre ces dispositions législatives en s'inspirant largement du dispositif issu du décret du 17 janvier 1991. Ce nouveau texte réglementaire définit ainsi les activités privées qu'un fonctionnaire en disponibilité ou ayant cessé ses fonctions ne peut exercer et fixe les modalités du contrôle de compatibilité.

Le champ de l'interdiction posée à l'article 1er du nouveau décret distingue deux catégories d'activités privées interdites, l'une inspirée nettement par le code pénal (c'est l'objet du 1° du I de l'article 1er du décret) et l'autre plus novatrice, formulant ce qu'il est convenu d'appeler des règles déontologiques (c'est l'objet du 2° du I de l'article 1er du décret) :

1° - les activités professionnelles dans une entreprise privée, lorsque l'intéressé a été, au cours des cinq dernières années précédant la cessation définitive de ses fonctions ou sa mise en disponibilité, chargé, à raison même de sa fonction :

a) soit de surveiller ou de contrôler cette entreprise ;

b) soit de passer des marchés ou contrats avec cette entreprise ou d'exprimer un avis sur de tels marchés ou contrats.

Cette interdiction s'applique également aux activités exercées dans une entreprise qui détient au moins 30 p. cent du capital de l'entreprise susmentionnée, ou dont le capital est, à hauteur de 30 p. cent au moins, détenu soit par l'entreprise susmentionnée, soit par une entreprise détenant aussi 30 p. cent au moins du capital de l'entreprise susmentionnée, ou qui a conclu avec l'entreprise susmentionnée un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait.

2° - les activités lucratives, salariées ou non, dans un organisme ou une entreprise privés et les activités libérales si, par leur nature ou leurs conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé, ces activités portent atteinte à la dignité

desdites fonctions ou risquent de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

Suivant la rédaction du texte pénal, le dispositif statutaire prévoit que, pour son application, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé.

L'étendue de l'incompatibilité dans le temps et les modalités de contrôle ont été, par ailleurs, très précisément définies par le décret du 17 février 1995 :

- les interdictions d'exercice d'activité privée s'appliquent pendant la durée de la disponibilité et, dans les autres cas, pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation des fonctions justifiant l'interdiction ;

- l'obligation d'informer l'autorité dont il relève pèse sur tout fonctionnaire qui se propose d'exercer une activité privée dans le cadre d'une disponibilité ou dans le délai de cinq ans à compter de la cessation définitive de ses fonctions ; elle a pour corollaire l'obligation d'informer l'administration compétente de tout changement d'activité pendant la durée de la disponibilité ou dans les cinq années suivant la cessation définitive des fonctions.

Le dispositif de contrôle a été, enfin, étendu aux agents non titulaires par le décret n° 95-833 du 6 juillet 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents non titulaires des collectivités et établissements publics et modifiant le décret du 17 février 1995.

C'est ainsi que l'interdiction d'exercer des activités privées incompatibles avec les anciennes fonctions administratives est étendue aux agents non titulaires, employés de manière continue depuis plus d'un an par l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public, ou collaborateurs d'un cabinet ministériel ou du cabinet d'une autorité territoriale, pendant la durée du congé sans rémunération qu'ils sollicitent ou pendant une durée de cinq ans à compter de leur cessation de fonctions.

2. LE BILAN DE L'ACTIVITE DE LA COMMISSION

Si à la date de l'adoption de la loi du 28 juin 1994 comme lors de la préparation du décret du 17 février 1995 il pouvait exister quelque doute sur le volume effectif des demandes

.../...

dont serait nécessairement saisie la commission, cette première année d'activité n'a pas dissipé toute incertitude. Cependant, les tendances observées laissent percevoir une possible augmentation du flux des dossiers soumis à l'appréciation de cette commission.

2.1. FLUX DES SAISINES

Le premier exercice ne correspondant pas exactement à une année civile il a paru opportun, à fin de comparaisons, de distinguer les statistiques relatives à la seule année civile 1995 des chiffres cumulés de la première année complète d'activité (1995-1996).

Ainsi, en 1995, la commission s'est réunie à quatorze reprises (en incluant la séance d'installation) pour rendre au total 389 avis, soit une moyenne de 30 avis par séance sur 13 séances effectives (la séance d'installation n'ayant donné lieu qu'à la discussion de 2 avis).

Au cours de la période mars 1995 - mars 1996, la commission s'est réunie dix-sept fois (hors installation) et elle a rendu un total de 552 avis soit une moyenne de 32 avis par séance. Il est cependant à noter que les quatre premières séances de l'année 1996 (1er trimestre) marquent une inflexion significative du nombre des dossiers soumis à la commission (163 avis en quatre séances, soit une moyenne de 41 avis par séance). Sans doute cette inflexion correspond-elle à l'incidence d'une série de dossiers présentant des caractéristiques similaires et dont l'examen était rendu nécessaire par l'évolution de la situation statutaire d'un nombre important d'agents placés dans une situation analogue (notamment les agents détachés auprès de la Caisse nationale du Crédit agricole).

2.2. CAS DE SAISINES

La saisine de la commission doit intervenir, à l'initiative de l'autorité dont relève le fonctionnaire concerné, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a été informée par l'intéressé de son souhait d'exercer une telle activité (article 3 du décret).

Symétriquement, le fonctionnaire concerné peut également saisir la commission à la condition expresse d'en informer l'autorité dont il relève. L'expérience d'une année de fonctionnement du dispositif nouveau a montré toutefois que le recours à cette faculté restait extrêmement rare (moins de cinq saisines directes sur un total de 552 avis) et aboutissait, le plus souvent, à une irrecevabilité, faute pour les intéressés d'avoir informé simultanément leur administration.

Plus significative apparaît la répartition des saisines de la commission entre les cas de cessation définitive de fonction (démission ou départ à la retraite pour les fonctionnaires titulaires ou fin de contrat pour les agents non titulaires) et ceux d'interruption temporaire (disponibilité pour les fonctionnaires titulaires, congé sans rémunération pour les agents non titulaires). L'entrée en vigueur différée du dispositif propre aux agents non titulaires (décret du 6 juillet 1995) comme le nombre moins important des personnels concernés explique sans doute que la commission n'ait eu dans l'année 1995-1996 à connaître que 26 saisines concernant des agents non titulaires contre 526 relatives à la situation de fonctionnaires titulaires.

Pour les fonctionnaires titulaires, l'examen des avis rendus atteste de la part prépondérante des cas de départ en disponibilité dans l'ensemble des cas de saisine de la commission. Dans le cas des agents non titulaires, et même si l'échantillon apparaît moins significatif, les saisines font apparaître la prédominance du cas d'exercice d'activités privées dans le cadre d'un congé sans rémunération.

En 1995, les cas de saisine se répartissent, en effet, comme suit :

- disponibilité : 319 (soit 82,43%)
- retraite : 22 (soit 5,68%)
- démission : 34 (soit 8,79%)
- fin de contrat : 4 (1,03%)
- congé sans rémunération : 8 (2,07%)

En 1995-1996, soit pour une année pleine d'exercice de la commission, la répartition des grandes masses reste analogue :

- disponibilité : 423 (soit 76,91%)
- retraite : 36 (soit 6,55%)
- démission : 78 (soit 14,18%)
- fin de contrat : 5 (0,91%)
- congé sans rémunération : 8 (1,45%)

2.3. ORIGINE DES SAISINES

Les dossiers sur lesquels a eu à statuer la commission se sont répartis de façon très inégale entre les différents ministères ou institutions qui l'ont saisie.

C'est ainsi que sur un total de 552 avis :

- plus du tiers (187 dossiers) des demandes d'avis émanaient du ministère de l'économie et des finances ;
- près de 14 % (76 dossiers) du ministère de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme ;
- plus de 8 % (46 dossiers) du ministère de l'industrie, de la poste et des télécommunications ;
- près de 6,5 % (35 dossiers) du ministère de l'intérieur ;
- environ 4,5% (25 dossiers) du ministère du travail et des affaires sociales (hors travail) ;
- plus de 4% (24 dossiers) du centre national de la recherche scientifique.

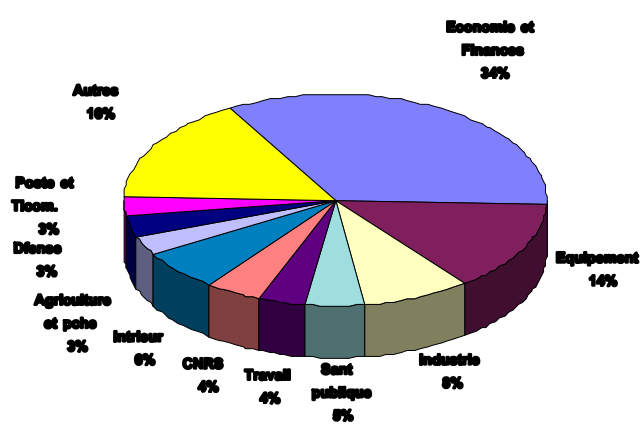
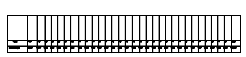
Erreur ! Signet non défini.

Mais, alors qu'il s'agit d'une administration gestionnaire au total de centaines de milliers d'agents, le ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche n'a présenté qu'une douzaine de saisines soit un peu plus de 2 % du total.

Même si ces chiffres peuvent être compris comme traduisant un moindre tropisme des fonctionnaires concernés pour les activités privées, il n'est pas illégitime de s'interroger sur la bonne connaissance du nouveau dispositif statutaire dans cette administration, en particulier à l'échelon déconcentré.

Le tableau suivant retrace la répartition des avis entre les principaux ministères ou administrations concernés.

Erreur ! Signet non défini. **TABLEAU 1 : ORIGINE DES SAISINES PAR ADMINISTRATION - 1995/1996**



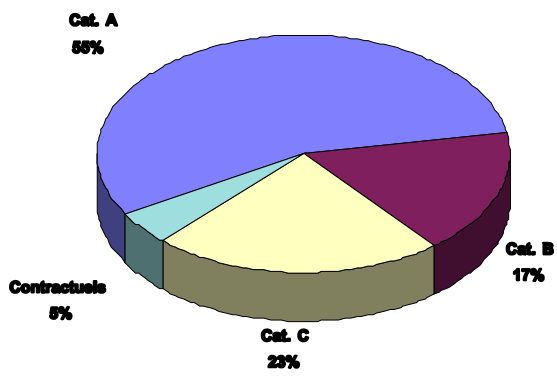
L'analyse de la répartition des avis et des saisines par catégorie d'agents concernés fait apparaître la plus forte proportion d'avis rendus pour les agents titulaires de catégorie A :

- s'agissant des fonctionnaires, les avis ont majoritairement concerné les agents de catégorie A (55,45 % du total et 305 avis) et dans une moindre mesure les agents de catégorie B (16,91 % et 93 avis) et C (22,91 % et 126 avis) ;
- les avis rendus à propos de la situation d'agents non titulaires n'ont représenté que 4,73 % du total (26 avis).

TABLEAU 2 : ORIGINE DES SAISINES PAR CATEGORIE - 1995/1996

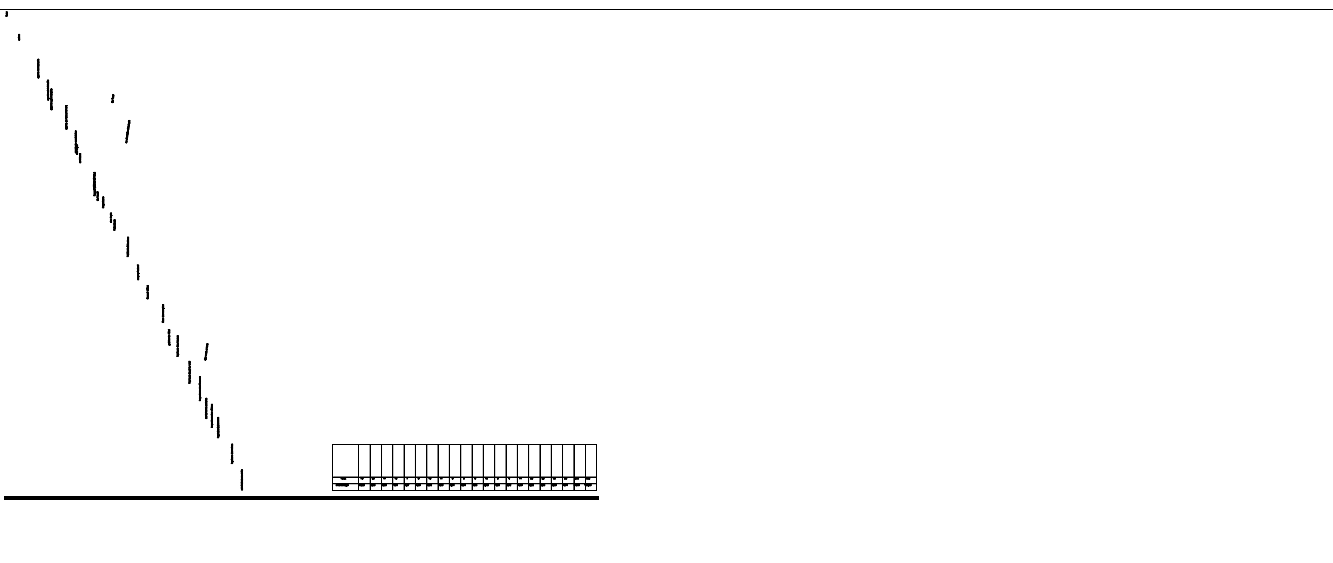
	Cat. A	Cat. B	Cat. C	Contractuels	Total
Total	305	93	126	26	550 (1)
Pour cent	55,45	16,91	22,91	4,73	100,00

(1) La différence qui apparaît entre ce tableau et le tableau 1 est justifiée par le fait que, pour un même agent présentant une seule demande, la commission a rendu trois avis.



Pour le cas des agents titulaires, la répartition des avis par corps de fonctionnaires permet de mettre en lumière la part prépondérante des demandes concernant les administrateurs civils (73 avis soit 13,22 % du total) et, pour les autres corps de catégorie A, le nombre significatif d'avis concernant les ingénieurs des mines (33 avis soit 5,98 % du total), les ingénieurs des ponts et chaussées (17 avis soit 3,08 % du total), les ingénieurs des travaux publics de l'Etat (15 avis soit 2,72 % du total), les inspecteurs des impôts (15 avis soit 2,72 % du total également) ou les membres de la Cour des Comptes (11 avis soit 1,99 % du total). En revanche les avis concernant des membres du corps préfectoral ou des membres du Conseil d'Etat ont été moins nombreux (5 avis dans chaque cas soit 0,91 % du total). S'agissant des corps de catégories B ou C, on signalera l'importance des avis rendus sur des demandes concernant des adjoints ou agents administratifs (46 avis soit 8,33 % du total) ou les agents de constatation ou d'assiette des impôts (20 avis soit 3,62 % du total) ou enfin les agents de recouvrement du Trésor (22 avis soit 3,99 % du total).

TABLEAU 3 : ORIGINE DES SAISINES PAR CORPS - 1995/1996



2.4. REPARTITION DES AVIS

L'analyse du sens des avis rendus par la commission constitue un dernier indicateur de son activité.

Sur les 552 avis rendus lors de l'exercice 1995/1996, la commission a prononcé :

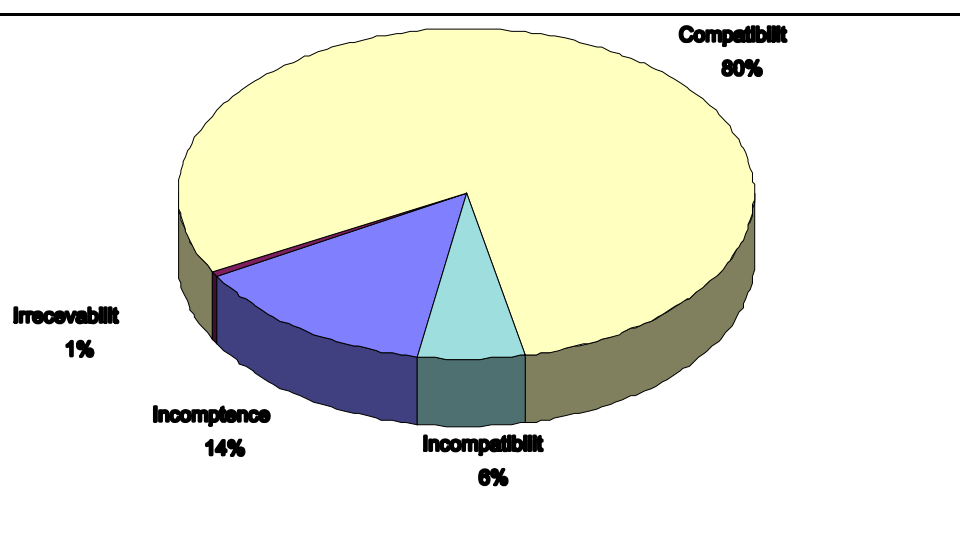
- 76 avis d'incompétence (soit 13,77 % du total), en dehors même des renvois par le secrétariat aux autres commissions compétentes pour la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière. Il s'agit essentiellement de saisines concernant la situation, soit de fonctionnaires déjà en disponibilité à l'entrée en vigueur du dispositif et qui sollicitent la simple prolongation de leur disponibilité sans changement d'activité, soit de fonctionnaires à la retraite qui exerçaient déjà l'activité privée en cause avant l'entrée en vigueur du dispositif ;

- 4 avis d'irrecevabilité (soit 0,72 % du total) : il s'agit, d'une part, de saisines directes de la commission par des fonctionnaires ayant omis d'en informer simultanément leur administration et, d'autre part, de recours gracieux ou de nouvelles demandes identiques aux précédentes présentées par des fonctionnaires dont le projet d'exercice d'activité privée avait, au préalable, appelé un avis d'incompatibilité de la commission ;

- 33 avis d'incompatibilité (soit 5,98 % du total et 6,99 % des 472 avis pour lesquels la commission a effectivement statué au fond) : ces avis d'incompatibilité étant fondés pour 9 d'entre eux sur le terrain du 1° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995, pour 20 d'entre eux sur le terrain du 2° du I de l'article 1er dudit décret alors que l'un d'entre eux est fondé à la fois sur les dispositions du 1° et du 2° du décret et que les trois derniers avis sont motivés par l'impossibilité dans laquelle se trouve la commission, en l'état du dossier qui lui est remis, et notamment du fait de l'insuffisance des informations portées à sa connaissance, d'apprécier si l'activité envisagée contrevient aux dispositions de l'article 1er du décret ;

- 439 avis de compatibilité (soit 79,53 % du total et 93,01 % des 472 avis rendus au fond), étant observé, toutefois, que dans un nombre limité de cas, l'avis favorable rendu par la commission est assorti de réserves expresses posées par la commission quant aux conditions d'exercice de l'activité privée envisagée ou quant au respect de l'engagement pris par l'intéressé de s'interdire certaines modalités d'exercice de son activité.

TABLEAU 4 : SENS



Le détail de ces avis par ministère, par corps et par catégorie permet d'identifier quelques tendances significatives :

- les cas d'incompatibilité ont essentiellement concerné des agents du ministère de l'économie et des finances et du ministère de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme (12 avis d'incompatibilité pour le premier et 10 pour le second), ce qui n'est pas sans rapport avec le poids de ces administrations dans le total des saisines mais s'explique également par la nature des missions confiées aux agents concernés ;

- les avis d'incompatibilité ne sont toutefois pas l'apanage des corps de fonctionnaires de catégorie A : 6 concernent des fonctionnaires de catégorie B et 4 des fonctionnaires de catégorie C ;

- la répartition de ces avis par corps de fonctionnaires peut être signalée pour mémoire sans qu'elle comporte en elle-même de valeur très significative : aucun avis d'incompatibilité n'a été rendu, durant cette première année d'exercice, pour des membres du Conseil d'Etat, de la Cour des Comptes, de l'Inspection des Finances, du Corps des Mines, du Corps des ingénieurs du génie rural et des eaux et forêts ou des ingénieurs des télécommunications. En revanche 4 avis d'incompatibilité ont été rendus pour des administrateurs civils, 1 avis d'incompatibilité pour un ingénieur des ponts et chaussées, 2 avis d'incompatibilité pour des ingénieurs des travaux publics de l'Etat, 1 pour un préfet, 4 pour des inspecteurs des impôts (dont 2 ont obtenu, par la suite, des avis de compatibilité après modification substantielle du projet professionnel des intéressés), 3 pour des inspecteurs du travail (mais concernant la même personne).

TABLEAU 5 :ORIGINE DES SAISINES PAR ADMINISTRATION - 1995/1996

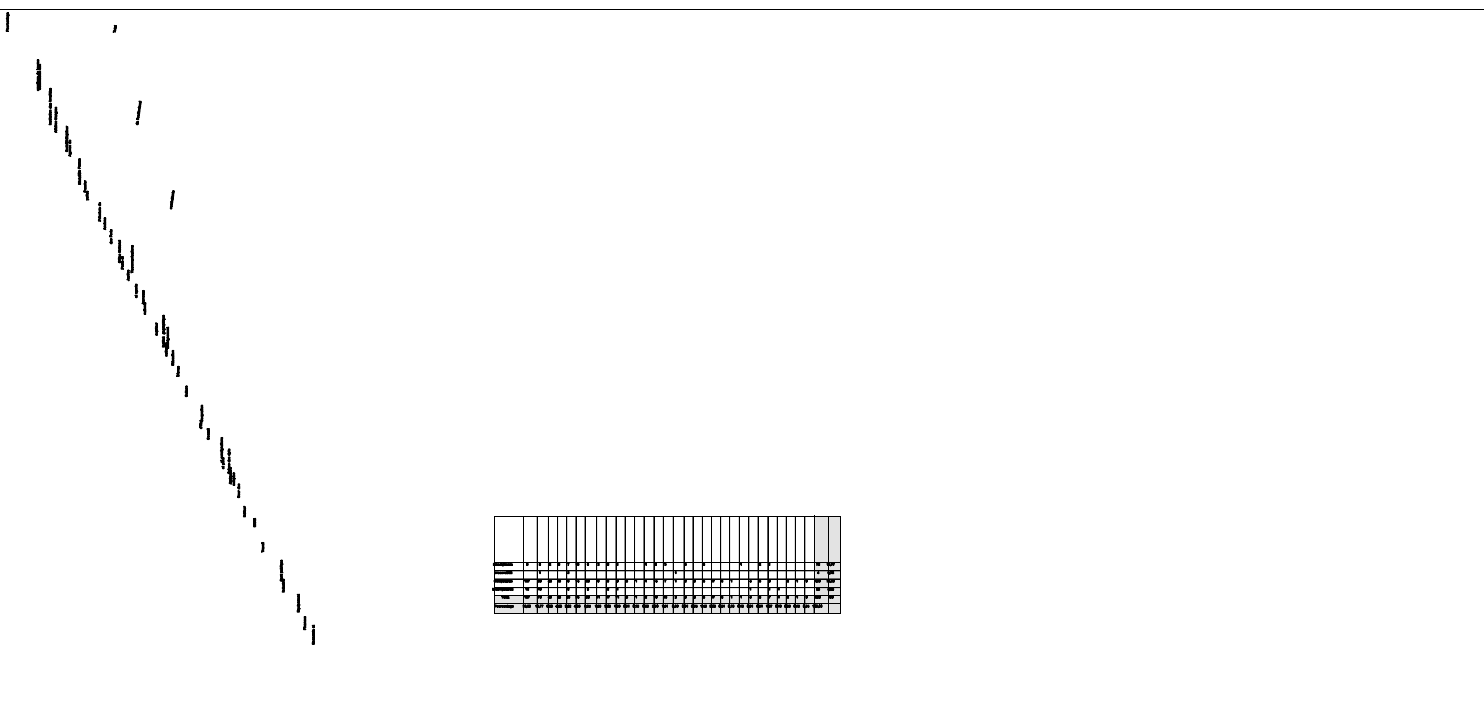


TABLEAU 6 : REPARTITION DES AVIS PAR CATEGORIE - 1995/1996 (1 et 2)

	Cat. A	Cat. B	Cat. C	Contractuels	Total	Pour cent
Incompétence	45	21	7	2	75	13,64
Irrecevabilité	4	0	0	0	4	0,73
Compatibilité	237	66	115	21	439	79,82
Incompatibilité	19	6	4	3	32	5,82
Total	305	93	126	26	550	100,00
Pour cent	55,45	16,91	22,91	4,73	100,00	

(1) Les différences qui apparaissent entre ce tableau et le tableau 1, tant dans le total des avis d'incompétence que dans celui des avis d'incompatibilité ou dans le total général, sont justifiées par le fait que, pour un même agent présentant une seule demande, la commission a rendu trois avis.

(2) Le total des avis d'incompatibilité comprend les avis d'incompatibilité rendus en l'état.

TABLEAU 7 : REPARTITION DES AVIS PAR NATURE ET PAR CORPS - 1995/1996

principalement). La proportion des incompatibilités prononcées à l'égard d'agents non titulaires apparaît comparable à celle concernant les fonctionnaires titulaires, mais concerne principalement des agents contractuels servant auprès d'autorités de contrôle (C.S.A., Agence du médicament).

TABLEAU 8 : AGENTS NON TITULAIRES - 1995/1996

	Economie et finances	Poste et télécommunications	Travail et affaires sociales	Commission des opérations de bourse	Industrie	Equipement	Secrétariat général du Gouvernement	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Défense	Agence du médicament	La Poste	Total
Incompétence	1									1		2
Irrecevabilité												0
Compatibilité	1	1	1	3	4	3			2	5	1	21
Incompatibilité							1	1		1		3
Total	2	1	1	3	4	3	1	1	2	7	1	26

2.5. SUITES DONNEES AUX AVIS

En application du paragraphe IV de l'article 11 du décret du 17 février 1995 modifié, les autorités dont relèvent les fonctionnaires et agents non titulaires dont les déclarations d'exercice d'activité ont été examinées sont tenues d'informer la commission de la suite donnée à chacun de ses avis. L'ensemble de leurs réponses, parvenues au secrétariat de la commission au terme de cette première année d'activité, soit en février-mars 1996, ne porte que sur les avis rendus au cours de l'année 1995. Elles font paraître que la pratique est de suivre les avis rendus par la commission.

Deux exceptions méritent toutefois d'être signalées :

- le cas d'un fonctionnaire du ministère du travail pour lequel la commission a rendu plusieurs avis d'incompatibilité et vis-à-vis duquel l'autorité administrative s'est, finalement, décidée dans un sens favorable à l'exercice des activités privées projetées. L'intéressé n'aurait toutefois pas souhaité exercer ces activités ;

- le cas d'un ingénieur des travaux publics de l'Etat auquel, en dépit de l'avis favorable de la commission, l'autorité compétente a finalement refusé la disponibilité projetée mais pour des motifs, il est vrai, tirés de l'intérêt du service.

On doit, enfin, noter, dans le cas des agents non titulaires, que l'absence quasi totale de mécanisme coercitif autre que la mise en oeuvre de l'action publique au pénal explique qu'en dépit des avis d'incompatibilité rendus par la commission et suivis par l'administration un agent ait pu passer outre à l'interdiction d'exercice d'une activité.

S'ils témoignent du volume de l'activité de la commission au terme de cette première année d'application du dispositif issu du décret du 17 février 1995, ces chiffres ne rendent que partiellement compte de l'importance de ces premières séances qui ont été pour elle l'occasion de prendre parti sur de délicates questions de procédure et de fond.

3. LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION

Dès ses premières séances, la commission a été conduite à se prononcer sur l'étendue de sa compétence, sur l'application de la procédure posée à l'article 11 du décret du 17 février 1995 et, plus encore, à préciser le contenu des incompatibilités posées à l'article 1er dudit décret.

3.1. COMPETENCE, RECEVABILITE ET PROCEDURE

3.1.1. COMPETENCE

La commission a eu, d'emblée, à s'interroger sur l'étendue de sa compétence : compétence *ratione temporis* lorsque la déclaration d'exercice d'activité couvrait, à titre rétroactif, une période antérieure à l'entrée en vigueur du décret du 17 février 1995 ou, symétriquement lorsqu'en dépit de l'entrée en vigueur de ce décret, l'administration avait déjà accordé la disponibilité sollicitée sans saisine préalable de la commission. Compétence *ratione materiae* lorsque l'intéressé, déjà régulièrement en disponibilité avant l'entrée en vigueur du nouveau dispositif, sollicitait un renouvellement de sa disponibilité sans changer d'activité privée.

La commission a été ainsi amenée, tout d'abord, à décliner sa compétence pour donner un avis sur la compatibilité avec ses fonctions administratives antérieures de l'activité privée projetée par un fonctionnaire pendant la période antérieure à la date d'entrée en vigueur du décret du 17 février 1995 : il lui appartient seulement de se prononcer sur la compatibilité de l'activité privée en cause pendant la période postérieure à cette date avec les fonctions administratives occupées pendant les cinq années précédant la cessation de fonctions ou la disponibilité (avis n° 95.A0028 du 4 mai 1995).

Elle a déduit littéralement, ensuite, des termes de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 et des articles 2 et 3 du décret du 17 février 1995, qu'elle était exclusivement appelée à rendre un avis sur la compatibilité de l'activité privée projetée par un fonctionnaire de l'Etat qui demande soit à cesser définitivement ses fonctions soit à être placé en position de disponibilité ou qui, ayant cessé ses fonctions depuis moins de cinq ans, change d'activité. Elle en a conclu qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur le cas d'un fonctionnaire de l'Etat placé en position de disponibilité et exerçant une activité privée lorsque celui-ci demande à être maintenu en disponibilité sans changer d'activité (avis n° 95.A0064 du 13 avril 1995 ou avis n° 95.A0038 du 4 mai 1995 ou encore avis n° 95.A0049 du 24 mai 1995), y compris en cas de changement du motif de disponibilité en application du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985. Cette solution a été transposée à l'identique au cas du fonctionnaire de l'Etat n'ayant pas

changé d'activité depuis son départ à la retraite à une date antérieure à l'entrée en vigueur du décret du 17 février 1995 (avis n° 95.A0194 du 17 août 1995).

La commission ne doit donc pas être saisie :

- **en cas de maintien en disponibilité ou en congé sans rémunération d'un agent déjà dans cette position avant l'entrée en vigueur du décret du 17 février 1995 dès lors qu'il ne change pas d'activité privée ;**
- **en cas de maintien en disponibilité ou en congé sans rémunération, et sans changement d'activité privée, d'un agent placé dans cette position après l'entrée en vigueur du décret du 17 février mais dont la première demande d'exercice d'activité a été soumise à l'avis de la commission ;**
- **en cas de poursuite de l'activité privée exercée par un fonctionnaire ou agent public retraité avant l'entrée en vigueur du décret du 17 février 1995.**

En revanche et lorsque la déclaration d'exercice d'activité couvre une période postérieure à l'entrée en vigueur du décret du 17 février 1995, la commission s'est reconnue compétente pour émettre un avis, même si l'autorité compétente avait déjà placé l'agent concerné en disponibilité par un acte lui-même intervenu postérieurement à l'entrée en vigueur du décret (avis n° 95.A0097 du 6 juillet 1995). Il en va de même lorsque le fonctionnaire concerné a omis, postérieurement à l'entrée en vigueur du décret, sciemment ou non, d'informer son administration de l'exercice d'une activité privée donnée (avis n° 95.A0281 du 19 octobre 1995).

Compte tenu de l'incidence de cette notion sur l'étendue de sa compétence et, par suite, des risques de manoeuvres, la commission a souhaité faire preuve de réalisme pour l'appréciation de la notion de "poursuite d'une même activité" privée : elle s'en est tenue, à ce titre, à la définition des missions et des responsabilités confiées à l'intéressé par son employeur privé. Cette approche n'exclut toutefois pas la reconnaissance de la poursuite d'une même activité malgré le changement de structure juridique d'une entreprise, par exemple en cas de fusion ou acquisition par une autre entreprise (sur ce point : avis n° 95.A0038 du 4 mai 1995, avis n° 95.A0049 du 24 mai 1995 ou encore avis n° 95.A0119 du 6 juillet 1995).

Enfin, lorsque l'activité future justifiant la saisine est apparue échapper absolument au champ des interdictions visées à l'article 1er du décret (par exemple parce que l'institution d'accueil, loin d'être une entreprise ou un organisme privé, était une collectivité ou un établissement public), la commission a également pris le parti de se reconnaître incompétente en constatant l'inapplicabilité des prohibitions posées par le décret. Il en est ainsi du cas d'un fonctionnaire sollicitant sa mise en disponibilité pour exercer des fonctions d'ingénieur contractuel au sein du laboratoire d'anatomie pathologique d'un centre hospitalier universitaire, un tel organisme ne constituant ni une entreprise ni un organisme privé au sens de l'article 1er du décret du 17 février 1995 (avis n° 95.A0188 du 17 août 1995). Il en est de même du cas de l'agent contractuel de l'agence du médicament qui présente une demande de cessation d'activité en vue d'exercer des fonctions de maître de conférences dans une université (avis n° 95.A0386 du 21 décembre 1995).

La commission s'est, au contraire, reconnue compétente pour statuer sur les demandes d'exercice d'activités privées concernant des fonctionnaires qui, sans changer de fonction, devaient changer de position, à raison du changement de statut de l'organisme qui les employait : tel est le cas de la transformation d'un OPHLM en OPAC qui appelle la mise en disponibilité de fonctionnaires jusqu'alors détachés (avis n° 95.A0017 du 13 avril 1995) ou le cas de la privatisation d'une entreprise publique qui entraîne les mêmes conséquences statutaires (avis n° 95.A0224 du 7 septembre 1995 ou avis n° 96.A0066 du 1er février 1996 par exemple).

3.1.2. RECEVABILITE

L'examen de la recevabilité des saisines n'a pas suscité de véritable difficulté pour la commission. Quatre points méritent, néanmoins, d'être mentionnés.

La commission a pris acte, tout d'abord, de ce que le délai de quinze jours, imparti à l'autorité dont relève le fonctionnaire pour effectuer la saisine qui lui incombe en vertu de l'article 3 du décret du 17 février 1995, n'était assorti d'aucune sanction. Elle n'en reste pas moins surprise de devoir parfois statuer rétroactivement sur la situation d'agents exerçant déjà les activités privées en cause depuis plusieurs mois, avec l'aval de leur hiérarchie, malgré l'entrée en vigueur du décret. Retardée à l'excès alors même que la saisine de la commission peut intervenir, sans attendre les consultations interministérielles requises par les textes statutaires, dès l'instant où le fonctionnaire informe son administration de son projet de départ, la saisine tardive de la commission peut rendre son intervention incompréhensible pour l'agent concerné.

D'autre part, il est parfois malaisé de déterminer l'autorité compétente, au sein d'une même administration, pour saisir la commission, notamment lorsque la gestion des personnels de cette administration est partagée entre les directions centrales et les autorités déconcentrées d'un même ministère (dans le cas par exemple des ministères de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche ou de l'intérieur).

Aussi la commission a retenu une interprétation stricte des dispositions de l'article 3 du décret du 17 février 1995, qui prévoient qu'elle est saisie par "l'autorité dont relève le fonctionnaire" : elle a donc considéré que pour les fonctionnaires et agents non titulaires de l'Etat, même s'ils sont affectés dans un établissement public, l'autorité compétente pour saisir la commission est le ministre sauf s'il a donné délégation à une autorité déconcentrée, notamment le préfet ou le recteur d'académie, pour prononcer la mise en disponibilité ou en congé ou la cessation d'activité des personnels de la catégorie à laquelle appartient l'intéressé. Mais, dans tous les cas, elle a estimé que le directeur du personnel du ministère ou son représentant avait seul qualité pour siéger au sein de la commission, en vertu de l'article 5 du décret du 17 février 1995. S'agissant, en revanche, des fonctionnaires ou agents non titulaires des établissements publics, tels que les universités ou les établissements de recherche, elle a estimé que c'est l'autorité investie du pouvoir de

nomination qui doit saisir la commission et que le directeur du personnel de l'établissement ou son représentant avait seul qualité pour siéger au sein de la commission.

Tout en reconnaissant la faculté offerte aux agents d'effectuer une saisine directe, la commission s'est, ensuite, attachée à faire respecter l'obligation d'information concomitante de l'autorité dont ils relèvent : est donc irrecevable toute saisine intervenue à l'insu de l'administration (avis n° 95.A0062 du 24 mai 1995).

Statuant dans un délai d'un mois, ainsi qu'il est prévu au paragraphe III de l'article 11 du décret du 17 février 1995, sur des projets d'exercice d'activité privée formalisés par les agents concernés, la commission n'a pas accepté que, sous l'apparence de demandes nouvelles, les intéressés s'efforcent, par la voie d'un recours gracieux, de l'inviter à statuer à nouveau sur une saisine ayant déjà donné lieu au prononcé d'un avis. Aussi a-t-elle écarté comme irrecevable car ne constituant pas une demande nouvelle la saisine formée par un même fonctionnaire tendant à ce qu'elle se prononce une deuxième fois sur l'exercice d'activités privées dont elle avait déjà eu à connaître et sur lequel elle avait rendu un avis d'incompatibilité (avis n° 95.A0258 du 28 septembre 1995 et avis n° 96.A0078 du 22 février 1996).

La commission n'accepte donc de délibérer de nouveau sur l'exercice d'activités privées par un agent sur le cas duquel elle s'est déjà prononcée que :

- dans l'hypothèse où la modification du projet professionnel de l'intéressé constitue par nature une demande nouvelle (avis n° 95.A0274 du 19 octobre 1995 dans le cas d'un inspecteur des impôts s'engageant à ne pas exercer la profession d'avocat dans le ressort géographique de son ancienne direction départementale, ce qui avait motivé un précédent avis d'incompatibilité) ;

- lorsque faisant suite à un avis d'incompatibilité en l'état, l'intéressé et son administration portent à la connaissance de la commission les informations qui lui faisaient auparavant défaut (avis n° 95.A0111 du 6 juillet 1995).

3.1.3. PROCEDURE

L'application des règles de procédure, explicitées en particulier à l'article 11 du décret du 17 février 1995 n'a pas véritablement donné lieu à l'adoption d'avis de principe. Elle a cependant constitué le fil directeur de l'intervention des services du secrétariat de la commission et de ses rapporteurs et a conduit la commission à prendre implicitement mais nécessairement position sur plusieurs points.

Soucieuse de se prononcer, malgré la brièveté du délai, sur des dossiers les plus complets possibles, la commission n'a pu souvent statuer que grâce aux diligences accomplies par les rapporteurs. Confrontée parfois néanmoins, par ignorance ou mauvais vouloir de l'administration ou de l'agent concerné, à une insuffisance d'information sur le fond d'un dossier, elle n'a pu, dans le doute, que prononcer des avis d'incompatibilité en l'état (par exemple avis n° 95.A0059 du

24 mai 1995), formule qui a toujours eu pour vertu de provoquer une nouvelle saisine dont l'instruction se trouvait sérieusement facilitée par le précédent avis...

Afin de permettre aux agents intéressés d'être entendus sur leur demande, la commission a veillé à ce que ceux-ci soient toujours mis à même d'exercer, s'ils le souhaitent, ce droit que leur reconnaît le paragraphe I de l'article 11 du décret du 17 février 1995. Dans les dossiers les plus délicats elle a, d'ailleurs, très largement usé de la faculté de convoquer les intéressés, prévue par le même texte.

Même si le texte du décret du 17 février 1995 (paragraphe III de l'article 11) crée un mécanisme d'avis tacite favorable en cas de silence gardé par la commission pendant un mois sur une saisine, il faut observer, enfin, qu'elle a toujours souhaité éviter la naissance d'avis tacites et a, de ce fait, statué explicitement sur toutes les demandes dont elle a été régulièrement et effectivement saisie.

3.2. APPRECIATION DE LA COMPATIBILITE

3.2.1. FAIT GENERATEUR DU CONTROLE DE LA COMMISSION, DATE D'EFFET DU CONTROLE ET CALCUL DE LA PERIODE D'INCOMPATIBILITE

La commission a constaté que la combinaison des règles posées aux articles 1er et 2 du décret en matière de déclenchement du contrôle de compatibilité et d'appréciation des périodes d'incompatibilité n'allait pas de soi.

3.2.1.1. Fait générateur de la saisine

Le texte du décret prévoit (article 2) l'obligation de saisir la commission chaque fois qu'un agent cessant définitivement ses fonctions ou demandant à être placé en disponibilité (ou en congé sans rémunération pour un agent non titulaire) se propose d'exercer une activité privée. Tel est le fait générateur du contrôle.

Ce contrôle ne porte donc jamais sur l'exercice d'activités professionnelles au sein d'une entreprise du secteur public concurrentiel gérée conformément aux règles du droit privé dès lors que ces activités sont exercées dans le cadre d'un détachement ou en position hors cadres : il existe ainsi une distorsion entre l'application du texte pénal (l'article 432-13 du code pénal) et le texte statutaire (article 1er du décret du 17 février 1995).

Cette distorsion est, il est vrai, progressivement levée par la privatisation de certaines des grandes entreprises publiques concernées, mouvement qui a eu pour effet d'accélérer le nombre des saisines de la commission durant l'année 1995/1996 (privatisation de la SEITA, d'Usinor-Sacilor, incidence différée du changement de statut de la Caisse nationale du Crédit Agricole ou de certaines filiales de la Caisse des dépôts et consignations...). La commission n'a toutefois pas rendu, dans ces hypothèses, d'avis d'incompatibilité lors de sa saisine pour deux motifs différents :

- soit parce que dans le cadre des activités administratives effectivement exercées dans les cinq années précédant la mise en disponibilité le fonctionnaire concerné n'avait pas eu à contrôler effectivement l'entreprise en cause : ainsi d'un ancien responsable de la direction des douanes nommé à la SEITA (avis n° 95.A0224 du 7 septembre 1995) ;

- soit parce qu'ayant exercé ses fonctions dans le cadre d'un détachement au sein de l'entreprise publique concernée pendant une période supérieure à cinq ans, le fonctionnaire considéré ne peut avoir exercé de fonctions administratives durant les cinq années précédant sa demande de disponibilité pour poursuivre son activité dans l'entreprise désormais privatisée (par exemple : avis n° 95.A0229 du 7 septembre 1995 ou avis n° 95.A0155 du 17 août 1995).

3.2.1.2. Périodes de référence

La commission a pris parti, dès le départ, sur la portée des différentes périodes de référence prévues par le décret du 17 février 1995.

Il lui est apparu peu douteux, à ce titre, que l'obligation d'information et par suite de saisine pesait sur tout fonctionnaire ou agent public durant les cinq années suivant la cessation définitive de fonction ou pendant toute la durée de la disponibilité (par exemple avis n° 95.A0333 du 30 novembre 1995 s'agissant d'un préfet à la retraite).

S'agissant, au contraire, de l'appréciation, dans le temps, des activités administratives antérieures susceptibles de justifier une incompatibilité, la commission a rencontré davantage de difficultés.

Elle a, tout d'abord, relevé que l'article 72 de la loi n° 84.16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat ne prévoyait de limitation dans le temps de l'incompatibilité qu'il institue, que dans le cas des fonctionnaires cessant définitivement leurs fonctions : "*Un décret en Conseil d'Etat définit les activités privées qu'en raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui a été mis en disponibilité ne peut exercer. S'agissant de fonctionnaires ayant cessé définitivement leurs fonctions, il peut prévoir que cette interdiction sera limitée dans le temps.*". Et elle a constaté qu'aucune limite chronologique n'avait été mise, par les auteurs du décret, à la prise en compte d'activités administratives passées pour le contrôle des atteintes éventuellement portées à la neutralité, à l'indépendance ou au bon fonctionnement du service, c'est à dire pour l'application du 2° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995.

Suivant en cela les termes du 1° du I de l'article 1er du même texte, la commission a donc distingué selon que :

- l'agent concerné est déjà en disponibilité et sollicite l'autorisation d'exercer une activité privée dans le cadre d'une prolongation de cette disponibilité : le contrôle porte alors sur la compatibilité de cette activité privée avec les fonctions administratives exercées dans les cinq ans précédant le début de la disponibilité, c'est-à-dire, lorsque l'agent est en disponibilité depuis plus de cinq ans, avec des fonctions assez éloignées dans le temps si ce n'est exercées parfois bien au delà des cinq années précédant immédiatement l'exercice de l'activité privée en cause (en ce sens : avis n° 95.A0346, n° 95.A0334 ou n° 95.A0354 du 30 novembre 1995, avis n° 95.A0367 du 21 décembre 1995). La commission a toutefois considéré que si, au cours des cinq années précédant sa demande, l'agent a été placé en disponibilité mais a également exercé des fonctions administratives, elle n'a pas à remonter au-delà des cinq années précédant l'exercice de ses dernières fonctions administratives (avis n° 95.A0340 et avis n° 95.A0343 du 30 novembre 1995) ;

- l'agent concerné cesse ses fonctions par suite d'une démission ou d'un départ à la retraite : dans cette hypothèse, le contrôle ne porte que sur les cinq années précédant immédiatement la cessation définitive des fonctions (par exemple : avis n° 96.A0001 du 11 janvier 1996).

3.2.2. APPLICATION DES CRITERES DE CONTROLE DE COMPATIBILITE

L'application des critères de contrôle établis à l'article 1er du décret du 17 février 1995 a posé à la commission des questions de nature très différentes.

La commission n'a pu que constater que la rédaction et l'inspiration respectives du 1° et du 2° de l'article 1er du décret influaient très nettement sur l'étendue de son pouvoir d'appréciation : la rédaction précise du 1° emporte, en effet, nécessairement, une appréciation stricte des situations soumises à l'avis de la commission alors que les termes plus généraux sur lesquels repose le contrôle de la compatibilité prévu au 2° du I de l'article 1er du décret autorisent une plus grande marge d'appréciation de la part de la commission.

Confrontée, dans un certain nombre de cas, à de réelles difficultés pour apprécier, notamment au regard du 2° du I de l'article 1er du décret, la compatibilité de l'activité privée envisagée avec les fonctions administratives antérieurement exercées, la commission a eu recours à la technique des avis conditionnels ou sous réserve : l'avis de compatibilité ne vaut alors que pour autant que l'intéressé respecte la condition (le plus souvent géographique) mise à l'exercice de son activité ou qu'il s'en tienne à l'engagement écrit, pris devant la commission, de cantonner cette activité privée dans des limites précises (objet de cette activité, lieu d'exercice ...).

En pareille hypothèse et lorsqu'elle entend se conformer à l'avis de la commission, l'autorité dont relève l'agent concerné doit alors reprendre ces réserves ou constater l'existence de cet engagement en signalant à l'intéressé que toute violation de ladite réserve ou dudit engagement constituerait une méconnaissance de la portée de la décision de compatibilité assimilable à l'exercice d'une activité privée interdite par le décret du 17 février 1995.

3.2.2.1. Application du 1° du I de l'article 1er

Pour la mise en oeuvre du contrôle prévu au 1° du I de l'article 1er du décret, s'agissant d'un texte inspiré du code pénal, la commission s'en est tenue à trois règles directrices :

- elle n'a pas souhaité, tout d'abord, se départir des critères déjà posés par les juridictions répressives pour l'appréciation d'une éventuelle prise illégale d'intérêt ;

- elle a choisi, ensuite, de s'en tenir aux dispositions du décret en matière de contrôle, de surveillance, ou de passation de marchés. Si des éléments tangibles montrent qu'il entrerait dans les attributions du fonctionnaire concerné, ou de son service, de contrôler une entreprise, de surveiller son activité ou d'émettre un avis, même technique, sur la passation d'un marché avec cette entreprise (détail des marchés passés ou suivis par l'agent en cause, définition de ses responsabilités ou de celles de son service), l'existence d'une incompatibilité s'imposera nécessairement, quelles que soient les responsabilités hiérarchiques effectives de l'agent concerné (cas d'un agent de catégorie C, agent de constatation ou d'assiette des impôts chargé de contrôler, au sein d'une conservation des hypothèques, les actes passés par une étude notariale dans laquelle il souhaitait exercer son activité : avis n° 95.A0075 du 15 juin 1995) ;

- consciente, en revanche, des limites naturelles de ses propres pouvoirs d'instruction, dans le cadre d'un contrôle administratif préventif exercé dans un délai d'un mois au regard des prérogatives du juge pénal dans l'exercice de ses investigations, la commission s'en est tenue aux faits matériellement connus d'elle à la date à laquelle elle a statué. Dans les cas les plus douteux toutefois et notamment lorsque les informations dont elle disposait ne lui avaient été distillées qu'avec parcimonie par l'intéressé ou l'administration dont il dépend et parce que l'existence d'un motif d'incompatibilité apparaissait hautement plausible, la commission a pris le parti de rendre des avis d'incompatibilité en l'état, à charge pour le fonctionnaire concerné ou pour son administration de démontrer l'absence d'un tel motif (avis n° 95.A0059 du 24 mai 1995).

Tout en s'en tenant à cette méthode d'analyse des dossiers individuels qui lui étaient soumis, la commission a souhaité, dans toute la mesure du possible, intégrer les acquis de la jurisprudence dans la formulation de ses avis.

Elle n'a pu toutefois que constater le faible nombre de décisions rendues par les juridictions répressives pour l'application de l'ancien article 175-1 du code pénal.

Trois décisions importantes du Tribunal correctionnel de la Seine et de la Cour de cassation sont généralement répertoriées et commentées par la doctrine.

Par un jugement du 16 novembre 1966, le Tribunal correctionnel de la Seine a jugé qu'un inspecteur des impôts, quoique promu à un échelon supérieur dans le service de contrôle et n'effectuant plus personnellement d'opérations de contrôle auprès des banques, avait conservé un pouvoir de direction et de contrôle sur l'ensemble des opérations effectuées par sa brigade auprès des établissements bancaires ressortissant de sa compétence dès lors qu'il organisait le travail de ses agents et supervisait leurs rapports.

C'est de la même analyse que participent deux décisions plus récentes par lesquelles la Cour de Cassation a respectivement :

- jugé qu'était constitué le délit d'ingérence à l'encontre d'un inspecteur des impôts qui bien que n'ayant pas procédé lui-même à des contrôles directs dans les entreprises privées dont il était le conseiller salarié après son départ de l'administration, avait une mission générale de contrôle et de surveillance sur toutes ces entreprises ayant leur siège dans le département où il exerçait, c'est-à-dire que la Cour a considéré qu'il suffisait que l'agent public concerné ait eu vocation à exercer une telle mission de contrôle même s'il n'avait pas eu l'occasion de la mettre personnellement en oeuvre auprès des entreprises concernées (Cass crim, décision du 15 novembre 1982, Bull crim n°254) ;

- considéré qu'était également constitué ce délit à l'encontre d'un autre inspecteur des impôts qui, quoique n'ayant pas assuré directement et personnellement le contrôle des établissements avec lesquels il avait collaboré par la suite, n'en avait pas moins participé personnellement à l'élaboration de la politique de vérification, à la surveillance et au contrôle des compagnies d'assurance en cause (Cass crim, décision du 18 juillet 1984, Bull crim n° 262).

La commission a par ailleurs relevé que le Conseil d'Etat a jugé légal le refus d'offre de démission opposé par le ministre du budget à un inspecteur principal des impôts souhaitant exercer des activités de conseil juridique et fiscal dans le ressort de la brigade de vérification dont il était antérieurement responsable, ce refus étant fondé, non sur la circonstance que ces activités constitueraient par elles-mêmes une infraction aux dispositions de l'article 175-1 du code pénal, mais sur les inconvénients qu'elles présenteraient pour le service au regard des principes qui ont inspiré les auteurs de l'article 175-1 du code pénal (Conseil d'Etat, 29 juin 1983, *Ministre chargé du budget c/ Le Guélinel*, Rec. T. p. 771).

C'est, bien sûr, en s'inspirant de ces acquis jurisprudentiels concernant la situation d'inspecteurs des impôts que la commission s'est efforcée d'apprécier à son tour, préventivement, les conditions d'exercice d'activités privées par des fonctionnaires des impôts (avis n° 96.A0147 du 14 mars 1996). Elle a, par ailleurs, transposé l'application de ces critères à la situation de fonctionnaires chargés, dans des conditions comparables, de missions d'inspection ou de contrôle (avis n° 95.A0022 du 13 avril 1995 pour un inspecteur de la mission interministérielle d'inspection du

logement social). Mais elle n'a pu que constater que ces mêmes critères de définition du "contrôle" ou de la "surveillance" n'étaient pas, tels quels, transposables à la situation de nombreuses autres catégories de fonctionnaires dont les cas lui étaient soumis et notamment à la situation des membres de cabinets ministériels.

3.2.2.1.1. *La notion d'entreprise privée*

La commission a dû d'abord déterminer ce que revêt la notion d'entreprise privée, mentionnée au 1° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995.

Pour ce faire, la commission s'est inspirée d'un faisceau d'indices prenant en compte le statut juridique de l'organisme dans lequel le fonctionnaire concerné souhaitait exercer ses nouvelles activités, la nature de l'activité de cet organisme, les missions qui lui sont confiées par la loi ou par les règlements régissant son activité.

Ainsi la commission a considéré que ne constituait pas une entreprise privée pour l'application du 1° du I de l'article 1er du décret :

- une collectivité locale (avis n° 95.A0335 du 30 novembre 1995) ;
- un établissement public administratif de l'Etat, compte tenu de son statut et des ses missions (avis n° 95.A0158 du 17 août 1995 concernant Météo-France) ;
- un centre hospitalier universitaire, compte tenu de son statut et de ses missions (avis n° 95.A0188 du 17 août 1995) ;
- un parti politique (avis n° 96.A0024 du 11 janvier 1996) ;
- un syndicat professionnel (avis n° 95.A0143 du 27 juillet 1995 dans le cas du syndicat national de l'industrie pharmaceutique) ;
- un ordre professionnel (avis n° 95.A0115 du 6 juillet 1995 pour l'ordre des géomètres-experts) ;
- une chambre de commerce et d'industrie (avis n° 95.A0357 du 30 novembre 1995) ;
- une caisse d'allocations familiales (avis n° 95.A0265 du 19 octobre 1995).

A propos des associations, la commission a éprouvé des difficultés à déterminer s'il fallait les assimiler à des entreprises. Là encore, c'est au regard d'une combinaison de facteurs tenant à l'origine des ressources de ces associations, au contenu de leurs missions statutaires et aux conditions d'exercice de ces missions, que la commission s'est déterminée.

C'est ainsi qu'au regard de leurs statuts, de leurs ressources ou de leurs missions, n'ont pas été considérées comme constituant des entreprises privées au sens du 1° de l'article 1er du décret :

- l'association gestionnaire d'un centre de loisirs (avis n° 95.A0175 du 17 août 1995) ;
- l'association nationale des entreprises pour l'insertion (avis n° 95.A0205 du 17 août 1995) ou une union régionale des structures d'insertion par l'économie (avis n° 95.A0204 du 17 août 1995) ;
- l'action internationale contre la faim (avis n° 95.A0240 du 28 septembre 1995).

Ont en revanche été considérées comme relevant de l'article 1er 1°, les fonctions exercées dans des associations ayant comme activité la réalisation de prestations ou la délivrance de services contre rémunération. Ainsi dans le cas d'associations :

- proposant localement des activités d'insertion à des chômeurs de longue durée et à des femmes, compte tenu de l'objet d'insertion de telles associations (avis n° 95.A0102 du 6 juillet 1995) ;
- chargée de l'organisation d'une manifestation sportive (avis n° 95.A0184 du 17 août 1995 dans le cas du comité français d'organisation de la coupe du monde de football) ;
- servant de support à la réalisation d'activités de spectacle (avis n° 95.A0007 du 13 avril 1995) ;
- chargée de favoriser le développement économique d'une région (avis n° 95.A0356 du 30 novembre 1995).

La commission s'est donc fondée sur l'analyse juridique de la nature et de l'activité du futur employeur privé du fonctionnaire concerné pour apprécier si une association pouvait être considérée comme une entreprise privée au sens du 1° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995.

L'application du 1° de l'article 1er du décret du 17 février 1995 a été également écartée par la commission lorsque l'activité professionnelle envisagée ne pouvait par elle-même être tenue pour constitutive d'une activité en entreprise. La commission a considéré qu'il en allait ainsi dans le cas :

- d'activités artistiques exercées à titre personnel (avis n° 95-A0010 du 13 avril 1995) a fortiori pour des activités d'écrivain, les dispositions du décret ne s'appliquant pas, aux termes de son article 15, à la création d'oeuvres scientifiques, littéraires ou artistiques (avis n° 95.A0325 du 9 novembre 1995) ;
- de l'activité de pasteur stagiaire au sein d'une association culturelle (avis n° 95.A0336 du 30 novembre 1995) ;

- et, surtout, des activités de conseil exercées à titre indépendant, qu'il s'agisse de consultant juridique à titre indépendant (avis n° 95.A0128 du 6 juillet 1995), d'ingénieur-conseil (avis n° 95.A0325 du 9 novembre 1995) ou d'avocat (par exemple avis n° 95.A0146 du 27 juillet 1995), sauf dans l'hypothèse où l'activité est exercée dans une structure collective assimilable à une entreprise (SCP par exemple) (avis n° 95.A0274 du 19 octobre 1995).

La commission a, enfin, considéré, conformément à la logique, que l'exercice d'activités associatives à titre exclusivement bénévole échappait au contrôle de compatibilité du 1° de l'article 1er du décret du 17 février 1995 (avis n° 95.A0010 du 13 avril 1995).

3.2.2.1.2. La notion de fonctions administratives avec lesquelles l'activité privée peut être incompatible

L'identification de celles des fonctions exercées par les agents concernés avant leur éloignement temporaire ou définitif de la fonction publique qui devaient être prises en compte pour le contrôle de compatibilité s'est également révélée difficile.

La commission a considéré que l'objet du texte statutaire étant de protéger les administrations de l'Etat et des autres collectivités publiques et non d'assurer la défense des intérêts commerciaux ou statutaires d'entreprises publiques fussent-elles entièrement contrôlées par l'Etat, il convenait de consacrer une conception restrictive des fonctions administratives exercées par les agents avant leur départ vers le secteur privé.

C'est pourquoi la commission a considéré que constituaient des fonctions administratives, outre les fonctions évidemment exercées au sein des administrations de l'Etat :

- des attributions de chef de service à l'association nationale pour la formation professionnelle des adultes (avis n° 95.A0344 du 30 novembre 1995) ;
- des fonctions exercées par un administrateur civil mis à disposition d'un gouvernement étranger dans le cadre d'un accord de coopération (avis n° 96.A0023 du 11 janvier 1996) ;
- des fonctions exercées au sein des services de collectivités locales (avis n° 95.A0060 du 24 mai 1995 pour le directeur de la voirie d'un conseil général ou avis n° 95.A0163 du 17 août 1995 pour le directeur de la solidarité départementale au sein également d'un conseil général), même dans le cadre d'une disponibilité.

En revanche ne constituent pas des fonctions administratives, les fonctions exercées, même dans le cadre d'un détachement :

- au sein d'institutions bancaires internationales (avis n° 95.A0339 du 30 novembre 1995 pour des fonctions de direction à la banque internationale de reconstruction et de développement (BIRD) et à la banque européenne de reconstruction et de développement (BERD) ou avis n° 95.A0235 du 7 septembre 1995 et n° 95.A0352 du 30 novembre 1995 pour des fonctions à la banque mondiale) ;
- en qualité de responsable au sein d'entreprises publiques nationales (avis n° 95.A0241 du 28 septembre 1995 pour le groupe Thomson ; avis n° 96-A0037 pour la SNCF, et avant leur privatisation : avis n° 95.A0152 du 27 juillet 1995 pour la société Péchiney ; avis n° 95.A0155 du 17 août 1995 pour la société Elf-Aquitaine ; avis n° 95.A0229 du 7 septembre 1995 pour le groupe Usinor-Sacilor) ;
- y compris en qualité de président de ces sociétés (avis n° 95.A0120 du 6 juillet 1995 pour le président du directoire de la "Sept" ; avis n° 96.A0038 du 1er février 1996 pour le président du conseil d'administration de la compagnie générale maritime).

3.2.2.1.3. La notion d'entreprise publique du secteur concurrentiel

Egalement embarrassante s'est avérée l'appréciation de la notion "d'entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé", au sens du 1° du I de l'article 1er. La commission a été saisie de cas trop peu nombreux pour prendre parti sur cette question : intervenant dans le cadre de détachement ou de placement en position hors cadres, ces départs échappent, par construction, à sa compétence telle que définie par le décret du 17 février 1995.

Sans doute la commission pouvait-elle s'inspirer, s'agissant de l'application des dispositions du 1° du I de l'article 1er du décret, de l'interprétation des dispositions de l'article 432-13 du code pénal, dont la rédaction est sur ce point analogue, interprétation consacrée par la circulaire du Garde des Sceaux en date du 14 mai 1993. Aux termes de cette interprétation de la loi pénale, il conviendrait, d'abord, d'examiner si l'entreprise publique bénéficie d'une situation de monopole ou s'il existe, au contraire, une véritable concurrence de la part du secteur privé dans le domaine d'activité considéré. Il conviendrait ensuite de déterminer si l'entreprise publique considérée exerce son activité conformément aux règles du droit privé, en faisant application des critères usuels utilisés par le juge administratif pour distinguer les services publics administratifs des services publics industriels et commerciaux. Selon l'exemple retenu par les auteurs de cette circulaire, EDF et GDF, établissements publics auxquels la loi du 8 avril 1946 a confié le monopole de la production, du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation de l'électricité et du gaz, figureraient ainsi au nombre des entreprises publiques exclues du champ d'application de l'article 432-13 du code pénal.

Mais les critères qui ont implicitement conduit la commission à considérer qu'entrait dans cette catégorie telle ou telle entreprise publique, ne sont pas, non plus, sans rapport avec ceux qui l'ont amenée à considérer, par réciproque, que les fonctions exercées par des fonctionnaires en

détachement dans des entreprises publiques ne présentaient pas le caractère de fonctions administratives.

La commission s'est donc, en définitive, appuyée :

- sur la nature juridique de l'entreprise publique en cause : société anonyme ou établissement public ;

- sur le caractère administratif ou au contraire industriel et commercial du service public qui lui est confié lorsqu'elle a la charge d'un service public ;

- sur l'existence d'une situation de monopole de fait ou de droit en faveur de cette entreprise publique : ce critère peut s'avérer plus délicat à mettre en oeuvre dans la mesure où les grandes entreprises publiques, instituées sous la forme d'établissements publics, peuvent, tout en étant dotées par la loi des prérogatives d'un monopole, développer une politique de diversification et de filialisation qui les expose partiellement aux rigueurs de la concurrence. Sans doute, alors, est-ce sur l'analyse des fonctions effectivement confiées à l'intéressé et de la caractérisation du secteur d'activité concerné au sein de l'entreprise en cause (existence ou non d'une concurrence) que pourra se fonder la solution (application ou non des dispositions du I de l'article 1er du décret).

Faisant application de ces critères, la commission a donc estimé que l'exercice de fonctions de responsabilité au sein de l'agence foncière de la région Ile-de-France entrait bien dans le champ du contrôle de compatibilité, l'agence étant un établissement public doté, par son statut, de larges possibilités d'intervention pour le compte de collectivités publiques, en matière foncière mais conformément au droit privé (avis n° 95.A0382 du 21 décembre 1995). Réciproquement, et même si une telle entité est constituée par des personnes privées, la commission a considéré qu'une association syndicale autorisée, établissement public administratif en vertu de la jurisprudence, ne présentait pas les caractères d'une entreprise publique du secteur concurrentiel (avis n° 96.A0030 du 11 janvier 1996).

Ainsi, après avoir considéré que des fonctions exercées par un fonctionnaire, dans le cadre d'un détachement à la SNCF, n'étaient pas des fonctions administratives comportant l'exercice de missions de contrôle, de surveillance, ou de passation de marchés au sens du 1° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995 (avis n° 96.A0037 du 1er février 1996 et avis n° 96.A0148 du 14 mars 1996), la commission a estimé que la SNCF constituait une entreprise du secteur public concurrentiel puisqu'elle a pris le parti de contrôler la compatibilité de fonctions administratives antérieures avec des fonctions exercées à la SNCF dans le cadre d'une disponibilité succédant à un détachement (avis n° 96.A0148 du 14 mars 1996). Ainsi un même fonctionnaire d'abord détaché puis placé en disponibilité dans la même entreprise publique est donc dans un cas réputé ne pas exercer de fonctions administratives et, par suite, n'avoir pu contrôler ou surveiller l'entreprise dans laquelle il continuera d'exercer ses fonctions dans le cadre d'une disponibilité. Et dans l'autre cas, il est réputé rejoindre une entreprise publique du secteur concurrentiel, ce qui donne lieu au contrôle de compatibilité entre les fonctions exercées en administration centrale et les activités poursuivies, en disponibilité, dans l'entreprise publique mais pas entre les mêmes fonctions administratives et les mêmes fonctions en entreprise publique lorsqu'elles ont été exercées dans le cadre d'un détachement.

3.2.2.1.4. La notion de groupe d'entreprises

La commission a strictement appliqué la règle posée au 1° du I de l'article 1er en vue de définir l'ensemble des entreprises au sein desquelles l'exercice d'une activité privée justifie une incompatibilité :

- elle a, ainsi, considéré que la prohibition posée au 1° du I de l'article 1er ne s'applique pas en cas de départ d'un agent d'une direction départementale de l'équipement, chargé d'exercer un contrôle sur des chantiers exécutés, en application du code des marchés publics, par plusieurs entreprises familiales et locales de BTP, dès lors que l'entreprise qui recrutait cet agent n'était détenue qu'à hauteur de 28,57 % par l'une des entreprises contrôlées et à hauteur de 14,28% chacune par diverses personnes physiques, elles-mêmes actionnaires de l'une ou l'autre des entreprises contrôlées : une telle répartition du capital ne permet pas d'établir que l'entreprise qui recrutait l'agent soit une société dont le capital serait détenu à hauteur de 30% au moins par l'une des entreprises contrôlées par l'agent concerné ou par une entreprise détenant au moins 30 % du capital de l'une des entreprises contrôlées par cet agent (avis n° 95.A0021 du 13 avril 1995) ;

- elle a, en revanche, estimé, qu'entraînait dans le champ de l'interdiction l'activité privée de conseil et d'études que se proposait d'exercer un fonctionnaire en retraite dans une société dont le capital était détenu à plus de 30 % par une personne détenant également plus de 30 % du capital d'une société que le même fonctionnaire avait été chargé, à raison même de ses fonctions administratives, de contrôler ou de surveiller (avis n° 95.A0299 du 9 novembre 1995).

3.2.2.1.5. Les notions de contrôle et de surveillance

Dans un cas où l'application du texte ne soulevait pas de difficulté, la commission a constaté que l'avis émis par un agent sur des marchés passés par la collectivité locale dans laquelle il était employé dans le cadre d'un détachement avec l'entreprise dans laquelle il souhaite travailler ne pouvait qu'emporter la constatation de l'incompatibilité (avis n° 96.A0018 du 11 janvier 1996 pour des marchés informatiques, par exemple).

Plus délicate s'avère l'appréciation des notions de contrôle et de surveillance à l'égard des membres de cabinets ministériels ou des fonctionnaires des administrations chargées de suivre une activité économique ou professionnelle dans le cadre de prérogatives qui sont confiées à leur service par un texte.

Ainsi la commission a opposé une incompatibilité au projet de départ dans une entreprise publique privatisée d'un chef de bureau de la direction du Trésor qui avait été chargé dans le cadre de ses fonctions, d'examiner les problèmes de financement des entreprises publiques dans les domaines du pétrole, des mines, de la sidérurgie et de la chimie et avait eu en cette qualité

compétence pour procéder à l'instruction des dossiers relatifs aux cessions de participations, à la fixation du prix de l'action et à la privatisation de cette entreprise (avis n° 95.A0012 du 13 avril 1995).

S'agissant des responsabilités au sein d'un cabinet ministériel et compte tenu de l'absence d'éléments juridiques ou matériels attestant de façon tangible la participation à un mécanisme de surveillance ou de contrôle de l'entreprise privée concernée, la commission ne s'est généralement pas fondée sur le 1° de l'article 1er pour opposer une incompatibilité : même si la commission n'ignore pas l'étendue de l'influence des membres des cabinets ministériels auprès des administrations placées sous l'autorité du ministre auprès duquel ils servent, elle a constaté que les responsabilités formelles sont, en matière de pouvoir de décision, de contrôle ou d'autorisation confiées par les textes les instituant, soit directement au ministre, soit par délégation aux directeurs d'administration centrale, de même que sont limitativement définies les compétences respectives des uns et des autres pour la passation des marchés publics.

Ainsi le départ de l'ancien secrétaire général adjoint de la Présidence de la République, de l'ancien directeur de cabinet d'un Premier ministre ou de l'ancien directeur de cabinet d'un ministre des finances vers une banque d'affaires pour y exercer des fonctions de direction en qualité d'associés gérants n'ont pas paru constituer une méconnaissance des interdictions posées au 1° du I de l'article 1er (avis n° 95.A0069 du 24 mai 1995, avis n° 95.A0347 du 30 novembre 1995 et avis n° 96.A0031 du 11 janvier 1996).

Par contre, et sans doute en raison de la similitude avec les hypothèses couvertes par les arrêts de la Cour de Cassation précédemment évoqués, la commission a émis un avis d'incompatibilité sur la demande d'exercice d'activité privée d'un agent de la mission interministérielle d'inspection du logement social exerçant les fonctions de vérificateur comptable et financier au sein d'une structure régionale de cet organisme et désireux d'exercer des fonctions de direction dans un organisme d'HLM soumis au contrôle de cette structure régionale : compte tenu du faible effectif de cette structure et des échanges entre les agents chargés des inspections, la circonstance que l'intéressé n'ait pas participé, dans les cinq années précédant sa demande, à des missions de contrôle sur place de l'organisme qu'il souhaitait rejoindre, n'a pas semblé décisive (avis n° 95.A0022 du 13 avril 1995 et symétriquement avis n° 95.A0108 du 6 juillet 1995 autorisant le départ dans un organisme privé d'HLM d'un agent appartenant à la structure nationale de la mission interministérielle d'inspection du logement social car il ne participait pas, de ce fait, aux missions de contrôle de l'organisme en cause, assumées par une structure locale).

Appliquant également les critères posés par la jurisprudence judiciaire, la commission a considéré qu'entraînait dans le champ de l'interdiction, la situation de l'inspecteur des impôts qui, affecté dans une brigade de la direction des vérifications nationales et internationales, chargée du contrôle des établissements bancaires et financiers, se proposait d'exercer des activités de fiscaliste plus particulièrement chargé du conseil aux filiales au sein d'un groupe industriel dont les filiales à objet financier avaient été contrôlées par la brigade à laquelle appartenait l'intéressé : même s'il n'avait pas participé directement à ces contrôles, l'intéressé devait être considéré comme ayant été, à

raison même de ses fonctions, chargé de contrôler les filiales financières en question, filiales dont le groupe industriel dans lequel il devait exercer son activité privée détenait au moins 30 % du capital (avis n° 96.A0147 du 14 mars 1996).

En revanche, la commission a estimé que les activités privées qu'un chercheur de l'école nationale des ponts et chaussées envisageait d'exercer auprès des services d'une société de distribution des eaux ne relevaient pas de l'interdiction : en dépit de la participation de cette société de distribution des eaux à certaines conventions de recherche passées avec le laboratoire auquel appartenait le chercheur considéré, ce dernier ne pouvait être considéré comme ayant été chargé, à raison même de ses fonctions, de surveiller ou de contrôler la société en cause ou toute autre société ayant avec elle plus de 30 % de capital commun ou de passer des marchés ou des contrats avec l'une de ces sociétés ou encore de donner son avis sur ces mêmes marchés ou contrats (avis n°95.A0193 du 17 août 1995).

3.2.2.2. Application du 2° du I de l'article 1er

Sans doute en raison de leur plus grande distance avec le texte pénal, les dispositions du 2° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995 ont posé de réelles difficultés à la commission :

- le champ d'application apparaît bien plus large puisque sont couverts non seulement les départs vers les entreprises privées mais aussi vers tous les organismes privés ainsi que les activités libérales, dès lors que les activités projetées présentent pour l'intéressé un caractère lucratif ;

- la prise en compte des activités administratives antérieures n'est pas bornée dans le temps.

En outre, l'application des critères posés par le texte nouveau, et tout particulièrement des notions d'atteinte à la dignité des fonctions antérieures ou de risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, a posé des problèmes à la commission.

Ces notions, dont la violation constitue un manquement à la déontologie, peuvent, en effet, nourrir, à tort, bien des équivoques ou des doutes sur la capacité des administrations, parfois au nombre des plus puissantes de l'Etat, à s'opposer à l'influence ou aux interventions de leurs anciens agents après leur départ dans le secteur privé.

Plusieurs considérations ont spécialement conduit le raisonnement de la commission.

Elle a, tout d'abord, attaché une grande importance à ce que le fonctionnaire qui se propose d'exercer une activité privée ne se trouve jamais en situation, dans le cadre de cette activité, d'être confronté à son ancien service ou à ses anciens collègues, que ce soit au nom de son entreprise ou bien en qualité de conseil ou d'avocat pour le compte d'un tiers, en défense ou en demande, pour solliciter un avantage, contester une mesure ou faire face à l'exercice d'un contrôle ou d'une surveillance de la part de ce service ou de ces collègues.

Elle a, par conséquent, veillé tout particulièrement à la définition des missions confiées à l'intéressé dans le cadre de ses activités privées, tout en modulant cette exigence en fonction de la nature de ses responsabilités antérieures au sein de l'administration, l'influence d'un ancien directeur ayant rejoint le secteur privé à l'égard de ses anciens subordonnés restés dans l'administration n'étant pas analogue à celle d'un ancien subordonné ayant rejoint le secteur privé à l'égard de son ancien directeur resté dans l'administration.

Ainsi la commission n'a rendu un avis de compatibilité sur la demande de disponibilité d'un ancien responsable du service de législation fiscale se proposant de rejoindre un cabinet d'avocats fiscalistes qu'en considération de ce que l'intéressé se proposait exclusivement de conseiller les clients de ce cabinet dans leurs relations avec les administrations fiscales étrangères, d'assurer la liaison avec les cabinets d'avocats étrangers liés à ce cabinet, de développer une activité de conseil auprès d'Etats étrangers pour la définition et la mise en oeuvre de leur législation fiscale mais qu'il s'interdisait d'intervenir personnellement et directement dans la présentation des dossiers des clients dudit cabinet à l'administration fiscale française et dans leurs relations avec cette administration (avis n° 95.A0034 du 4 mai 1995).

La commission a également rendu un avis de compatibilité sur la demande d'un ancien inspecteur des impôts, rédacteur au service de législation fiscale puis vérificateur à la direction des vérifications de la région Ile-de-France qui se proposait d'exercer des fonctions d'avocat au sein d'un autre cabinet d'avocats fiscalistes, dès lors que l'intéressé devait avoir, pour l'essentiel, des activités internationales touchant aux prix de transfert, des activités concernant les relations entre les entreprises et leur actionariat et des activités de formation interne mais que les fonctions envisagées excluaient la présentation, par l'intéressé, à l'administration fiscale française des dossiers des clients du cabinet (avis n° 95.A0103 du 6 juillet 1995).

La commission a, de même, admis la compatibilité des fonctions d'avocat fiscaliste avec les fonctions exercées antérieurement par un inspecteur des impôts affecté au sein de la brigade nationale d'enquêtes économiques mise par le ministère des finances à la disposition de la direction centrale de la police judiciaire, malgré la compétence nationale de ladite brigade, dans la mesure où l'intéressé agissait, au sein de cette brigade, pour le compte et sous le contrôle exclusif de cette direction (avis n° 96.A0009 du 11 janvier 1996).

Dans la même ligne, la commission a attaché une particulière importance à l'éloignement matériel entre le secteur d'activité de l'entreprise privée devant accueillir l'intéressé et les fonctions administratives qu'il a antérieurement exercées ou entre ce secteur d'activité et les compétences attribuées par les textes à son ancien service.

Sans postuler nécessairement que l'application du texte du 2° du I de l'article 1er conduise à interdire aux ingénieurs fonctionnaires d'exercer un métier d'ingénieur dans une entreprise privée et aux gestionnaires publics de faire usage de leurs compétences de gestionnaires dans le secteur privé, la commission a surtout souhaité prévenir les "face-à-face" éventuels ou les éventuels transferts de compétence manifestement contraires à l'intérêt public.

Plusieurs avis illustrent ce raisonnement.

Pour admettre la compatibilité de l'exercice par un administrateur civil de fonctions de direction au sein d'une entreprise privée développant des missions de conseil auprès des établissements de santé dans la mise en oeuvre de leur projet médical et dans la recherche de financements, avec des fonctions antérieures de responsabilité au sein de la Caisse nationale d'assurance maladie puis de la direction des hôpitaux au ministère de la santé, la commission s'est fondée sur le fait que la nature des attributions envisagées ne placerait pas l'intéressé en situation d'avoir des relations, suivies ou ponctuelles, avec les administrations au sein desquelles il a exercé, précédemment, ses fonctions (avis n° 95.A0126 du 6 juillet 1995). Elle a tenu également pour compatible avec les dispositions du 2° du I de l'article 1er du décret le départ dans un cabinet d'avocat de l'ancien secrétaire général de la Présidence de la République, sous la réserve, il est vrai, dans ce dernier cas, de ce que l'intéressé devait être plus spécialement chargé des relations avec les organisations internationales et les gouvernements étrangers (avis n° 96.A0115 du 22 février 1996).

Mais elle a, en revanche, estimé que les fonctions de spécialiste des affaires scientifiques au sein d'un laboratoire pharmaceutique privé, responsable de l'évaluation de réactifs de diagnostics spécialisés, que se proposait d'exercer un chercheur, agent contractuel de l'agence du médicament, chargé au sein de l'agence de l'enregistrement des réactifs spécialisés en cause, étaient incompatibles avec ces fonctions administratives dès lors que l'activité privée envisagée conduirait l'intéressé à préparer les dossiers d'enregistrement desdits réactifs qui seraient ensuite soumis au service de l'agence du médicament dans lequel il travaillait précédemment (avis n° 96.A0056 du 1er février 1996). Dans la même ligne, et de façon toute aussi illustrative de ce raisonnement, la commission a considéré que les fonctions de conseil aux entreprises notamment aux entreprises étrangères souhaitant s'implanter en France ou prendre des participations dans des entreprises françaises que projetait d'exercer l'ancien directeur de cabinet du ministre du commerce extérieur, du ministre des postes et télécommunications et du ministre de la ville seraient susceptibles de l'amener à intervenir en faveur des entreprises qu'il conseillerait auprès des services de ministères où il a exercé des fonctions de directeur de cabinet et qu'ainsi cette activité risquerait de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité de ces services (avis n° 95.A0080 du 15 juin 1995).

La commission a toujours pris également en considération une autre forme d'éloignement, plus objective, que constitue la distance géographique entre le lieu d'exercice de l'activité privée envisagée et le siège des anciennes fonctions administratives.

A cet égard, on pourra retenir les enseignements des avis concernant les agents des impôts.

Soucieuse de veiller à ce que les agents de l'administration des impôts ne se trouvent jamais en situation d'être confrontés à leurs anciens supérieurs, collègues ou subordonnés, soit pour le compte d'une entreprise, soit en qualité de conseil d'un contribuable contrôlé, la commission s'est inspirée, pour admettre la compatibilité des activités projetées par ces agents dans le domaine juridique et fiscal de deux critères centraux :

- la distance géographique avec les anciennes fonctions, critère appliqué constamment à la situation des inspecteurs ou contrôleurs des impôts qui souhaitent exercer des activités de conseil fiscal après avoir occupé des fonctions actives au sein d'une direction départementale des services

.../...

fiscaux : aussi la commission a-t-elle toujours exigé que les intéressés s'interdisent toute activité de conseil dans le département dans lequel ils étaient précédemment affectés (avis n° 95.A0011 du 13 avril 1995 relevant explicitement que la société que l'intéressé se propose de rejoindre n'appartient pas au secteur géographique dans lequel il a exercé, précédemment, ses fonctions d'inspecteur des impôts ; avis n° 95.A0274 du 19 octobre 1995 estimant que l'exercice de l'activité d'avocat inscrit au barreau de Paris n'est pas incompatible avec les fonctions d'inspecteur des impôts chargé de la fiscalité personnelle au centre des impôts de Neuilly-sur-Seine Sud, dans le ressort de la direction des services fiscaux des Hauts-de-Seine Nord dès lors que l'intéressé s'engage, dans sa déclaration d'exercice d'activité, à ne pas s'occuper d'affaires traitées dans le ressort de la direction des services fiscaux des Hauts-de-Seine Nord et que cette direction s'est elle-même engagée à faire assurer le respect de cet engagement) ;

- la distance matérielle des activités nouvelles avec les responsabilités sectorielles de l'agent concerné : ainsi la commission a admis la compatibilité de l'exercice, par un ancien inspecteur des impôts, des fonctions de fiscaliste d'entreprise, chargé, au sein d'une société de conseil aux sociétés de services pétroliers, de gérer les obligations fiscales des succursales de cette entreprise dans divers Etats étrangers (avis n° 95.A0015 du 13 avril 1995).

Lors de sa première année d'exercice, la commission n'a, enfin, prononcé qu'un avis d'incompatibilité fondé sur l'atteinte à la dignité des anciennes fonctions dans le cas du projet, formé par un agent du ministère de l'économie et des finances, de création d'un cabinet de soin des malades par imposition des mains, s'agissant notamment d'une activité interdite par l'article L 372 du code de la santé publique (exercice illégal de la médecine) (avis n° 95.A0136 du 27 juillet 1995).

4. L'AMELIORATION DU DISPOSITIF ACTUEL

L'expérience procurée par cette première année d'activité a inspiré à la commission trois thèmes de réflexion en vue d'une amélioration des conditions d'application du dispositif de contrôle de compatibilité tel qu'il résulte de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 modifiée et du décret du 17 février 1995.

4.1.FAIT GENERATEUR DU CONTROLE DE LA COMMISSION, DATE D'EFFET DU CONTROLE ET CALCUL DE LA PERIODE D'INCOMPATIBILITE

La combinaison des règles posées aux articles 1er et 2 du décret en matière de déclenchement du contrôle de compatibilité et d'appréciation des périodes d'incompatibilité ne va pas de soi.

Même si elle a pour elle la lettre du décret du 17 février 1995, l'application des solutions de principe dégagées par la commission sur chacune de ces questions a pour effet de mettre en lumière plusieurs paradoxes :

- s'agissant de l'interprétation du 1° de l'article 1er du décret du 17 février 1995, le champ d'application du contrôle de déontologie dépasse largement le cadre de référence du texte pénal correspondant (article 432-13 issu de la loi du 22 juillet 1992) : c'est ainsi notamment que lorsque le fonctionnaire concerné bénéficie de mises en disponibilité successives pour une durée parfois très supérieure à cinq ans (par exemple en additionnant une disponibilité d'intérêt général et une disponibilité pour convenances personnelles soit une durée théorique possible de près de douze ans), le contrôle de déontologie s'exerce très en avant dans le temps puisque la commission est conduite à examiner la compatibilité de l'activité privée en cause avec des fonctions administratives abandonnées depuis parfois plus de dix ans ;

- s'agissant de l'application du 2° de l'article 1er du décret du 17 février 1995, et faute de terme de référence posé par le texte, il n'y a même plus de limite à l'examen rétrospectif de la compatibilité : l'incompatibilité peut théoriquement découler de l'atteinte portée à l'indépendance, à la neutralité ou au bon fonctionnement du service dans lequel l'intéressé a, depuis longtemps cessé d'exercer ;

- plus encore, l'étendue dans le temps du contrôle de compatibilité peut différer substantiellement selon la nature de la mesure d'ordre statutaire qui le déclenche (cessation d'activité par départ à la retraite ou radiation des cadres à la suite d'une démission ou encore mise en disponibilité) : le contrôle de compatibilité exercé, par exemple, lors d'un changement d'activité privée intervenu dans le cadre d'une longue période de disponibilité, suppose la prise en compte des fonctions administratives exercées avant le début de la première période de disponibilité alors que si, dans le même cas, l'intervention de la commission se situe dans le cadre d'une radiation des cadres, la commission devra constater que l'intéressé n'exerçait aucune fonction administrative dans la période de cinq ans précédant cette radiation des cadres. Plusieurs administrations se sont même étonnées de ce que des agents exerçant une activité privée dans le cadre d'une disponibilité, depuis une date antérieure à la date d'entrée en vigueur du décret du 17 février 1995, soient soumis au contrôle de déontologie, dès lors qu'ils présentent leur démission alors que s'ils avaient simplement

.../...

demandé le renouvellement de leur disponibilité, leur demande d'exercice d'activité privée aurait, en l'état de la jurisprudence de la commission, appelé un avis d'incompétence.

La commission a, certes, bien pris conscience de ce que ces différences de traitement peuvent s'expliquer en partie par la différence d'intensité du lien avec la fonction publique et par là avec les fonctions antérieures : le fonctionnaire en disponibilité a, normalement, vocation à retrouver une place au sein des administrations de l'Etat alors que le fonctionnaire qui démissionne ou part à la retraite rompt définitivement le lien qui l'unissait à l'Etat. Elle n'a toutefois pu entièrement se satisfaire du maintien de cette situation confuse qui tranche avec la définition claire des périodes d'incompatibilité posées par le code pénal.

Aussi lui est-il apparu nécessaire de suggérer une modification du texte du décret du 17 février 1995 afin :

- de faire de l'exercice d'une activité privée et non du changement de position statutaire le point de départ de la période de référence du contrôle de compatibilité ;

- d'uniformiser la durée de la période de référence en faisant porter le contrôle sur les fonctions administratives effectivement exercées durant les cinq années précédant le début d'exercice des activités privées en cause, quel que soit le terrain de contrôle, c'est-à-dire aussi bien pour l'application du 1° que du 2° du décret.

Il n'est pas certain que cette modification justifie un ajustement préalable des textes législatifs de référence (article 72 de la loi du 11 janvier 1984, article 87 de la loi du 29 janvier 1993 modifiée, article 95 de la loi du 26 janvier 1984 et article 90 de la loi du 9 janvier 1986). En effet, la modification proposée ne méconnaîtrait pas les dispositions de ces textes qui ne permettent au décret de limiter l'interdiction dans le temps que pour les fonctionnaires ayant cessé définitivement leurs fonctions et non pour ceux qui ont été mis en disponibilité. Pour ces derniers, l'incompatibilité continuerait à durer, comme l'exige la loi, jusqu'à la fin de la disponibilité, mais la loi n'impose nullement que, comme le décret le prévoit actuellement, la compatibilité de l'activité privée envisagée avec les fonctions antérieures s'apprécie au regard des fonctions administratives exercées au cours des cinq années précédant la mise en disponibilité. Le décret peut donc légalement prévoir que cette période de cinq ans sera celle qui précède le début de l'activité privée.

4.2.SITUATION DE CERTAINES CATEGORIES D'AGENTS AU REGARD DU DISPOSITIF DE CONTROLE DE COMPATIBILITE

L'application des règles générales posées par le décret du 17 février 1995 a posé des difficultés particulières à la commission dans deux hypothèses distinctes.

Même si elle n'a pas eu l'occasion dans sa première année d'exercice de prononcer d'avis d'incompatibilité sur ce point, compte tenu des situations qui lui étaient soumises, la commission a, en premier lieu, constaté les incertitudes que fait peser l'application stricte du texte statutaire et tout particulièrement des dispositions du 1° de l'article 1er, d'inspiration pénale, sur la situation de nombreux chercheurs régis par la loi d'orientation de la recherche de 1982 ou par la loi relative à l'enseignement supérieur de 1984 : ces textes fixent notamment aux agents concernés et aux établissements d'enseignement et de recherche qui les emploient une mission de valorisation et de diffusion de la recherche publique auprès des entreprises privées en prévoyant en particulier les modalités de contribution, y compris par essaimage, des chercheurs publics à la recherche privée. Reste que la conclusion de conventions de recherche entre les chercheurs concernés ou leur laboratoire et les entreprises partenaires interdit normalement, pendant cinq ans, tout départ ultérieur desdits chercheurs dans les structures de recherches de ces entreprises alors même qu'il peut s'agir de la conclusion normale d'un effort de recherche public et privée d'intérêt général.

Consciente de l'acuité du problème, la commission a pris acte de l'existence de groupes de travail interministériels sur ce sujet et de la nécessité d'une évolution des textes législatifs et réglementaires régissant la situation des chercheurs pour autoriser des mouvements entre les secteurs de la recherche publique et de la recherche privée.

Une seconde difficulté d'application concerne les agents non titulaires. Assez fidèlement transposé du texte applicable aux agents titulaires, ce dispositif pourrait poser de singuliers problèmes de gestion des ressources humaines à celles des autorités de contrôle (C.O.B., C.S.A., agence du médicament, ...) qui ont un besoin permanent, pour l'exercice de leurs missions, de recruter, pour une durée déterminée, des spécialistes venant du secteur privé (analystes financiers, chercheurs et praticiens spécialisés,...) et susceptibles, au terme de leur contrat d'y retourner poursuivre leur carrière. La commission a, bien sûr, constaté qu'il ne paraissait pas possible de remettre en cause le contrôle de compatibilité portant sur la situation des agents non titulaires. Mais il lui est apparu qu'à défaut d'une modification des textes réglementaires, la politique de gestion des ressources humaines des administrations qui emploient des agents non titulaires devrait être adaptée en vue :

- d'informer ces agents, au moment de leur recrutement, sur l'existence du dispositif de contrôle de compatibilité ;

- de tenir compte de ce dispositif dans la gestion de ces agents (rémunérations, évolutions de fonctions, ...).

4.3. ETENDUE DES INFORMATIONS CONTENUES DANS LES DOSSIERS DE SAISINE

Sans que cette observation requière nécessairement une modification du texte du décret du 17 février 1995, la commission souligne que la qualité et la pertinence de son contrôle sont aussi tributaires du soin avec lequel les administrations gestionnaires et les agents concernés s'acquittent de leurs propres obligations.

De ce point de vue, il convient de rappeler l'utilité, pour les agents, de remplir scrupuleusement et honnêtement leur déclaration d'exercice d'activité privée et de joindre à leur dossier les pièces exigées concernant l'entreprise ou l'organisme privé dans lequel ils envisagent d'exercer leur activité, ainsi que, le cas échéant et si nécessaire, un engagement concernant les conditions d'exercice de leur activité privée future, notamment lorsqu'il s'agit d'en limiter le champ géographique.

La commission demande aux administrations gestionnaires de compléter les dossiers qui lui sont soumis d'une notice biographique retraçant les étapes de la carrière de l'intéressé, sans omettre la mention de sa date de naissance et de ses titres ou diplômes. Ces documents devraient être complétés d'un bref courrier exprimant le point de vue de l'autorité dont relève l'agent concerné sur la compatibilité entre l'activité privée envisagée et les fonctions administratives antérieurement exercées.

Elle ne peut, par ailleurs, que rappeler la nécessité de mentionner les coordonnées précises des personnes chargées du suivi et de l'instruction du dossier au sein de l'administration afin de permettre aux rapporteurs de la commission de s'adresser à eux dans les meilleurs délais. Cette remarque vaut également pour les agents concernés auxquels, dans leur intérêt, les rapporteurs doivent toujours pouvoir facilement s'adresser pour obtenir des précisions sur leur projet professionnel ou sur leurs responsabilités administratives antérieures.

On ajoutera que, la participation du directeur du personnel du ministère ou de l'établissement public concerné ou du chef du corps auquel appartient l'intéressé, ou de leurs représentants, aux délibérations de la commission étant prévue par le texte de l'article 5 du décret du 17 février 1995, les membres de la commission regrettent que parfois certains directeurs du personnel ou chefs de corps ne croient pas nécessaire de se déplacer ou de se faire représenter.

CONCLUSION

Sans qu'il soit possible, bien sûr, de disposer, au terme de cette première année de fonctionnement de la commission, d'une vue exhaustive des comportements individuels et des pratiques administratives en matière d'exercice d'activités privées par des fonctionnaires et agents publics cessant temporairement ou définitivement leurs fonctions, les 552 avis rendus par la commission depuis son installation, le 16 mars 1995, fournissent, tout de même, plusieurs enseignements importants.

La commission ne peut, tout d'abord, que souligner, avec le recul qu'autorise une année d'application du nouveau dispositif, l'utilité des mécanismes de contrôle de compatibilité instaurés par les décrets des 17 février et 6 juillet 1995. La prise de conscience des administrations et de leurs agents est ainsi de plus en plus manifeste, les règles apparaissant, à l'expérience, mieux connues et surtout mieux comprises. Symétriquement, le caractère obligatoire des mécanismes d'avis et de contrôle de compatibilité est apparu constituer un gage de leur efficacité, l'intervention de la commission assurant une application homogène des critères de contrôle.

Loin de révéler, ensuite, des indices de dégradation de l'éthique des fonctionnaires et agents publics, les dossiers examinés par la commission ont, en dépit de quelques cas particuliers, plutôt mis en évidence les difficultés d'application des principes posés à l'article 1er du décret du 17 février 1995 modifié. Confrontée constamment à ces difficultés, la commission s'est employée à donner un sens concret et un contenu raisonnable à ces principes : comme en témoigne sa jurisprudence, elle n'a pas cédé à la tentation d'une méfiance systématique envers tout départ vers le secteur privé, mais s'est plutôt efforcée d'identifier les branches d'activité, les types de fonctions, les zones géographiques ou les catégories d'entreprises que les agents publics concernés ne pouvaient, compte tenu de leurs propres fonctions administratives et des attributions du service auquel ils appartiennent, escompter rejoindre pour y exercer une activité privée.

Déjà engagée dans une deuxième année de fonctionnement, la commission n'en tient pas moins à marquer son attachement aux suggestions et propositions formulées dans ce premier rapport annuel : l'amélioration de l'information concrète des administrations et de leurs agents sur les mécanismes de contrôle et sur le rôle de la commission devrait favoriser, à l'avenir, l'accomplissement de sa mission et l'application efficace du nouveau dispositif. Les ajustements qu'il est proposé d'apporter à la réglementation devraient, par ailleurs, permettre de faire disparaître les distorsions - notamment en matière de période de référence - qu'engendre pour l'heure une application nécessairement littérale du texte du décret.