

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

DU 29 JANVIER 1993

- FONCTION PUBLIQUE DE L'ETAT -

RAPPORT AU PREMIER MINISTRE

(1996)

* *
*

Ce rapport a été adopté par la Commission en sa séance du 3 mars 1997.

INTRODUCTION

Installée le 16 mars 1995, la commission chargée en vertu de l'article 87 modifié de la loi du 29 janvier 1993, d'apprécier la compatibilité avec leurs fonctions précédentes des activités privées que souhaitent exercer les fonctionnaires de l'Etat devant cesser temporairement ou définitivement leurs fonctions avait établi son premier rapport annuel à l'issue de sa première année de fonctionnement, soit pour la période mars 1995 - mars 1996.

Il a paru souhaitable que les rapports suivants correspondent à des années civiles comme le feront sans doute les rapports des commissions homologues de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière. Ceci permettra notamment à l'actuelle commission, dont les membres ont été nommés pour trois ans par décrets du 14 mars 1995, d'adopter son rapport annuel pour 1997 avant que ses pouvoirs ne prennent fin en mars 1998.

Il s'ensuit que la période de mars 1995 - mars 1996 se trouve couverte à la fois par les deux premiers rapports. Le présent rapport ne rendra donc pas compte des avis de cette période qui ont déjà été analysés dans le précédent rapport. En revanche, il contient des statistiques portant sur l'ensemble de cette année, qui peuvent être utilement comparées à celles de la période mars 1995 - mars 1996, figurant dans le premier rapport : le fait que les trois premiers mois de 1996 soient pris en compte dans chacune des deux périodes annuelles, n'empêche pas de dégager le sens de l'évolution qui s'est produite de mars 1995 à décembre 1996.

Ce rapport comporte deux parties respectivement consacrées :

- au bilan de l'activité de la commission ;
- à l'analyse de sa jurisprudence.

1 . LE BILAN DE L'ACTIVITÉ DE LA COMMISSION

1.1. FLUX DES SAISINES

Comme pendant la période mars 1995 - mars 1996, la commission s'est réunie dix-sept fois en 1996, soit une fois toutes les trois semaines, afin de pouvoir se prononcer sur toutes les affaires dont elle est saisie dans le délai d'un mois fixé par le III de l'article 11 du décret n° 95- 168 du 17 février 1995.

Elle a rendu en 1996 646 avis, au lieu de 552 pendant la période mars 1995 - mars 1996, ce qui représente une augmentation de 17 %, d'autant plus significative que, comme on le verra (1.4.1.), le nombre des avis d'incompétence ou des irrecevabilités a diminué sensiblement. Si l'on ne tient compte que de ceux qui se prononcent définitivement au fond sur la compatibilité, le nombre des avis rendus est passé de 469 à 593, soit une augmentation de 26 % .

L'augmentation constante du nombre des saisines se constate non seulement en comparant les chiffres des deux périodes annuelles, mais également en rapprochant ceux des neuf derniers mois de 1995 de ceux des deux semestres de 1996. Le nombre des avis par séance a été en moyenne de 30 en 1995, de 35 au premier semestre de 1996, de 41 au second semestre de 1996.

Cette augmentation s'explique dans une certaine mesure par le fait que c'est seulement un décret du 6 juillet 1995 qui a étendu la compétence de la commission aux agents non titulaires de droit public. Les 26 affaires les concernant examinées entre mars 1995 et mars 1996 concernent en réalité uniquement une période d'un peu plus de dix mois, tandis que les 40 affaires relatives à ces agents examinées en 1996 portent sur douze mois. Mais ceci n'explique qu'une différence d'une dizaine d'affaires entre les deux périodes.

D'autres facteurs peuvent influencer sur le rythme des saisines, telle que les alternances politiques, qui incitent les hauts fonctionnaires et les membres de cabinets ministériels déchargés de leurs fonctions à se reconvertir dans le secteur privé ou les privatisations, qui obligent les fonctionnaires placés en position de détachement ou hors cadre à se faire mettre en disponibilité ou à quitter l'administration. Mais il ne semble pas que ces deux facteurs aient entraîné beaucoup plus de départs vers le secteur privé en 1996 qu'en 1995.

Il est très probable que l'augmentation s'explique surtout par le fait qu'il a fallu un certain temps pour que l'obligation de saisir la commission dans les cas prévus par les décrets des 17 février et 6 juillet 1995 soit connue et respectée.

Il serait donc hasardeux de conclure que l'augmentation du nombre des saisines de la commission traduit un accroissement réel et durable du nombre de départs de fonctionnaires vers le secteur privé.

1.2. CAS DE SAISINES

Comme dans la période précédente, la quasi totalité des saisines a été faite par l'intermédiaire des administrations dont relèvent les fonctionnaires intéressés, ceux-ci

n'usant pratiquement jamais de la faculté qui leur est offerte de saisir directement la commission en avertissant leurs administrations.

Comme dans la période précédente également, la grande majorité des saisines concerne des fonctionnaires demandant à être mis en disponibilité ou se trouvant déjà dans cette position, comme le montre le tableau suivant :

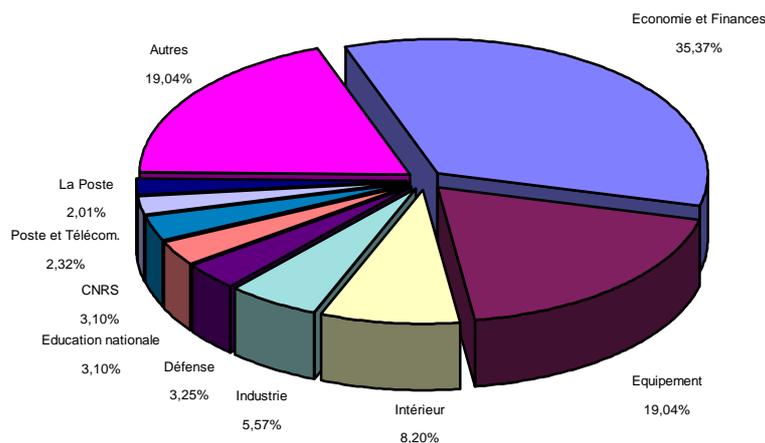
	mars 1995-mars 1996		1996	
	Total	Pour cent	Total	Pour cent
Disponibilité	423	76,91	442	68,53
Démission	78	14,18	136	21,09
Retraite	36	6,55	54	8,37
Congé sans rémunération	8	1,45	10	1,55
Fin de contrat ou licenciement	5	0,91	3	0,46

On constate que le pourcentage de saisines par des fonctionnaires en disponibilité diminue, tandis que celui qui est relatif aux démissionnaires augmente. Ce phénomène est difficile à expliquer avec certitude. Tout au plus peut-on avancer deux hypothèses. La diminution du nombre des saisines de fonctionnaires en disponibilité peut sans doute s'expliquer en partie par une réduction du nombre de cas où la commission est saisie en dehors de sa compétence par des fonctionnaires qui sont simplement maintenus en disponibilité (sur la réduction de ce nombre, voir 1.4., sur l'incompétence de la commission dans ce cas, voir 2.1.). Quant à l'augmentation du nombre de saisines consécutives à des démissions, il s'explique peut-être en partie par le fait que l'obligation de saisir la commission a pu être respectée plus rapidement en cas de mise en disponibilité qu'en cas de démission, les administrations étant plus vigilantes envers les fonctionnaires en disponibilité qu'envers ceux qui les ont définitivement quittées.

1.3. ORIGINE DES SAISINES¹

1.3.1. Les chiffres de 1996 concernant le nombre de saisines par ministère ou administration gestionnaire confirment ceux du précédent rapport. Les ministères qui présentent le plus grand nombre de demandes d'avis sont, celui de l'économie et des finances, qui continue à représenter environ 34 % du total, et celui de l'équipement, qui passe de 14 % à 19 %. Ces deux ministères sont donc à l'origine de plus de la moitié des saisines. Les autres ministères arrivent loin derrière : l'intérieur passe de 6,5 % à 8,20 %, tandis que l'industrie, avec la poste et les télécommunications, reste aux alentours de 8 %. Viennent ensuite le travail et les

¹ La différence qui apparaît entre le nombre de saisines et le nombre d'avis (1.4.) se justifie par le fait que la commission, saisie d'un dossier, a estimé qu'en réalité cette saisine recouvrait deux demandes. Par conséquent, elle a rendu deux avis.

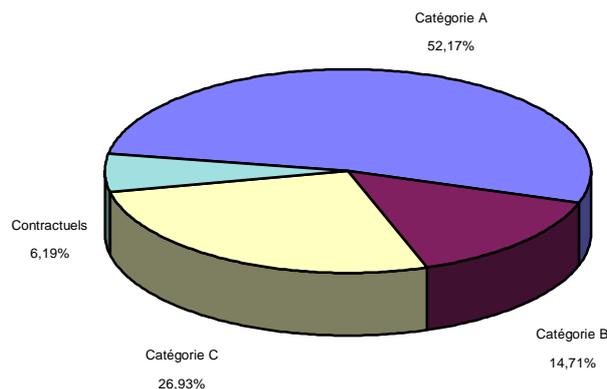


1.3.2. L'analyse de la répartition des avis et des saisines par catégorie d'agents concernés conduit à des constatations voisines de celles du précédent rapport.

Par comparaison avec la période mars 1995 - mars 1996, le nombre des avis diminue légèrement pour les catégories A (52,17 % au lieu de 55,45 %) et B (14,71 % au lieu de 16,91 %) et augmente un peu pour la catégorie C (26,93 % au lieu de 22,91 %) et pour les contractuels (6,19 % au lieu de 4,73 %). Si pour les contractuels l'augmentation trouve son origine dans le fait déjà signalé que la commission n'a eu à connaître de leurs cas que pendant une partie de la période 1995-1996, les variations concernant les autres catégories sont plus difficiles à expliquer et ne sont sans doute pas significatives. Ce qui surtout continue à ressortir des statistiques, c'est que plus de la moitié des affaires examinées par la commission concerne la catégorie A.

TABLEAU 2 : ORIGINE DES SAISINES PAR CATEGORIE -1996

	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Contractuels	Total
Total	336	95	174	40	645
Pour cent	52,09	14,73	26,98	6,20	100,00



1.3.3. Pour les fonctionnaires titulaires, la répartition des avis par corps fait apparaître que, dans la catégorie A, le corps des administrateurs civils reste celui qui donne lieu au plus grand nombre d'avis, bien que son pourcentage diminue (8,67 % au lieu de 13,22 %).

Parmi les grands corps techniques, celui des Ponts et chaussées (4,64 %) vient cette année avant celui des Mines (4,02 %) à l'inverse de la période précédente où les Mines (5,98 %) devançaient nettement les Ponts et chaussées (3,08 %). Les ingénieurs des télécommunications, ex-aequo l'an dernier à 1,63 % avec les ingénieurs du génie rural des eaux et des forêts, les précèdent cette année avec 2,01 % contre 1,39 %.

Pour les grands corps administratifs, l'Inspection des finances (2,01 % au lieu de 1,27 %) précède cette année la Cour des comptes (1,70 % au lieu de 1,99 %), le Conseil d'Etat restant en troisième position (1,08 % au lieu de 0,91 %).

Les autres corps de catégorie A qui donnent lieu au plus grand nombre de saisines sont ceux des ingénieurs des travaux publics de l'Etat, en augmentation (4,02 % au lieu de 2,72 %) et les inspecteurs des impôts, en diminution (1,55 % au lieu de 2,72 %).

En catégorie B et C, les corps du ministère de l'économie et des finances continuent d'occuper une place importante dans l'activité de la commission.

TABLEAU 3 : ORIGINE DES SAISINES PAR CORPS - 1996

	administrateurs civils	ingénieurs des mines	ingénieurs des ponts et chaussées	inspecteurs des affaires sanitaires et sociales	inspecteurs des finances	ingénieurs du génie rural des eaux et forêts	ingénieurs des travaux publics de l'Etat	Cour des comptes	Conseil d'Etat	corps préfectoral	ingénieurs des télécommunications	inspecteurs des impôts	inspecteurs du travail	contrôleurs des travaux publics de l'Etat	contrôleurs des impôts	agents de constatation ou d'assiette des impôts	agents de recouvrement du Trésor	adjoints administratifs agents administratifs	agents contractuels	autres	Total
Total	56	26	30	3	13	9	26	11	7	6	13	10	2	7	5	27	25	59	40	270	645
Pour cent	8,68	4,03	4,65	0,47	2,02	1,40	4,03	1,71	1,09	0,93	2,02	1,55	0,31	1,09	0,78	4,19	3,88	9,15	6,20	41,86	100,00

1.4. REPARTITION DES AVIS

1.4.1. Globalement, l'analyse du sens des avis rendus par la commission en 1996 fait apparaître quelques modifications significatives par rapport à la période précédente.

Le nombre des avis d'incompétence a diminué sensiblement, passant de 76 (soit 13,77 % du total) à 45 (soit 6,97 %). Cette évolution ne s'explique pas par un élargissement de la compétence de la commission. Au contraire celle-ci, comme on le verra (2.1.), a sur plusieurs points défini sa compétence de façon plus restrictive. C'est sans doute grâce à une meilleure information des fonctionnaires et des services gestionnaires de personnel que le nombre des affaires dont la commission a été saisie en dehors de sa compétence a pu se réduire et il faut espérer que ce nombre décroîtra encore dans l'avenir, à mesure que la jurisprudence de la commission sera mieux connue.

Les avis d'irrecevabilité restent très peu nombreux et le fait qu'il y en ait 3 en 1996 au lieu de 4 en 1995-1996 n'est pas significatif.

Les avis d'incompatibilité en l'état du dossier doivent être nettement distingués des avis qui se prononcent définitivement dans le sens de l'incompatibilité. Ils sont presque toujours suivis d'une nouvelle demande assortie d'un dossier plus complet et dont l'examen, généralement après audition de l'intéressé, peut donner lieu à un avis favorable.

Leur nombre reste, comme il est souhaitable, assez faible (5 en 1996 contre 3 en 1995-1996) le secrétariat et les rapporteurs s'efforçant de faire compléter les dossiers lacunaires, sans toujours y parvenir dans le bref délai dont la commission dispose pour émettre son avis.

Ces trois premières catégories d'avis, d'incompétence, d'irrecevabilité et d'incompatibilité en l'état, ne se prononcent donc pas au fond sur des questions de compatibilité et il ne faut pas en tenir compte si l'on veut apprécier l'efficacité du filtrage opéré par la commission. Une fois ces trois catégories d'avis écartées, le

nombre des avis statuant définitivement sur la compatibilité a été, comme signalé précédemment, de 593 en 1996 contre 469 en 1995-1996.

Mais, alors qu'en 1995-1996 la commission n'avait rendu que des avis déclarant l'activité privée envisagée soit pleinement compatible, soit totalement incompatible avec les fonctions administratives antérieures, elle a, à partir d'avril, rendu une troisième catégorie d'avis, qui admettent, sous certaines conditions, la compatibilité de l'activité privée avec les fonctions administratives antérieures (voir 2.1.3. et 2.2.4.). En 1996, il y a eu 20 avis d'incompatibilité, 24 avis de compatibilité sous réserve et 549 avis de compatibilité, qui correspondent respectivement à 3,37 %, 4,04 % et 92,58 % du total des avis sur le fond.

Cette modification dans la pratique de la commission rend malaisée la comparaison avec les chiffres de la période précédente, où 6,99 % des avis sur le fond étaient défavorables et 93,01 % favorables. En totalisant les avis défavorables et les avis favorables sous condition de 1996 on obtient un total de 7,41 %, très légèrement supérieur aux 6,99 % d'avis défavorables de 1995-1996. Cette totalisation n'est pas arbitraire, car si la commission n'avait pas recouru à la technique de l'avis conditionnel, il est probable que dans la plupart des cas où elle y a eu recours, elle aurait dû rendre un avis défavorable à la suite duquel l'intéressé aurait présenté une nouvelle demande, modifiée pour tenir compte du motif d'incompatibilité retenu, qui aurait reçu un avis favorable. Le résultat aurait en définitive été à peu près le même qu'avec un avis favorable sous réserve.

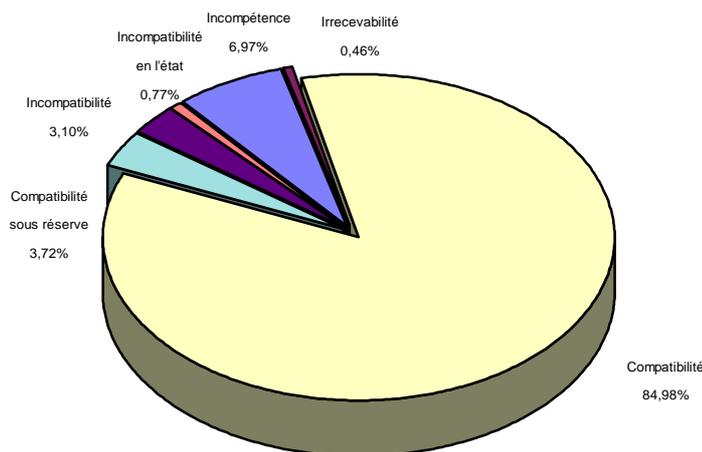
En tout cas, ces 7,41 % représentent bien la part des affaires pour lesquelles la commission a constaté que le projet d'activité privée qui lui était présenté ne respectait pas les interdictions édictées par l'article 1er du décret du 17 février 1995.

Il reste qu'un avis favorable sous condition est moins gênant pour le fonctionnaire intéressé qu'un avis défavorable, d'autant que les conditions auxquelles il est subordonné sont inégalement contraignantes. Cette considération pourrait conduire à penser que, d'une année à l'autre, la vigilance de la commission a eu tendance à se relâcher. Une telle conclusion serait pourtant contestable, car il faut aussi tenir compte du fait que, à mesure que la jurisprudence de la commission a été mieux connue, grâce notamment à la diffusion donnée au premier rapport annuel au sein de l'administration, les fonctionnaires se sont spontanément abstenus ou ont été dissuadés par leur administration de présenter des demandes qui étaient vouées, de façon quasi certaine, à faire l'objet d'un avis défavorable de la commission.

Il ne semble donc pas que le contrôle de la commission soit devenu moins strict. En revanche il est clair que la technique de l'avis conditionnel permet d'affiner davantage ce contrôle, de l'ajuster de façon plus précise aux circonstances particulières de chaque affaire, de mieux proportionner les obligations imposées aux fonctionnaires aux exigences de la déontologie.

TABLEAU 4 : SENS DES AVIS - 1996

Incompétence	Irrecevabilité	Compatibilité	Compatibilité sous réserve	Incompatibilité	Incompatibilité en l'état	Total
45	3	549	24	20	5	646
6,97	0,46	84,98	3,72	3,10	0,77	100,00

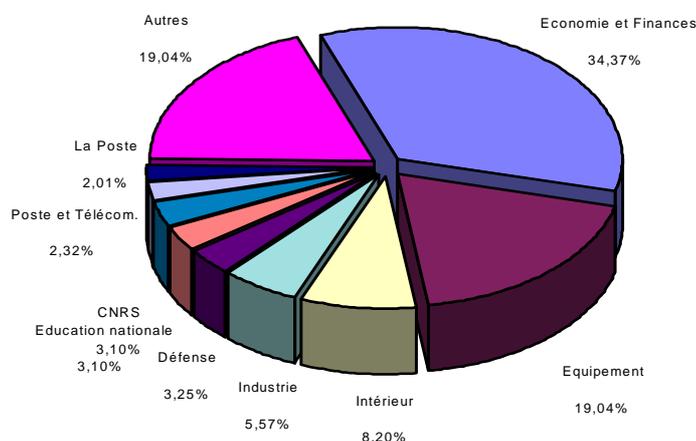


1.4.2. L'analyse détaillée des avis par ministère, par catégorie et par corps confirme dans l'ensemble les constatations du précédent rapport.

Le ministère de l'équipement est cette année, avant celui de l'économie et des finances, celui qui a donné lieu au plus grand nombre d'avis d'incompatibilité. Dans la période précédente, ils arrivaient également en tête, mais dans l'ordre inverse. On a vu que ces deux ministères prennent également les deux premières places pour le nombre des saisines de la commission, mais le ministère de l'équipement qui est à l'origine de 19 % des avis, recueille 45 % des avis défavorables. Ceci s'explique évidemment par le fait que les fonctionnaires de ce ministère, appelés fréquemment à passer des marchés ou à en contrôler l'exécution, sont plus exposés que d'autres à tomber sous le coup des interdictions prévues par l'article 1er du décret du 17 février 1995.

TABEAU 5 : REPARTITION DES AVIS PAR ADMINISTRATION - 1996

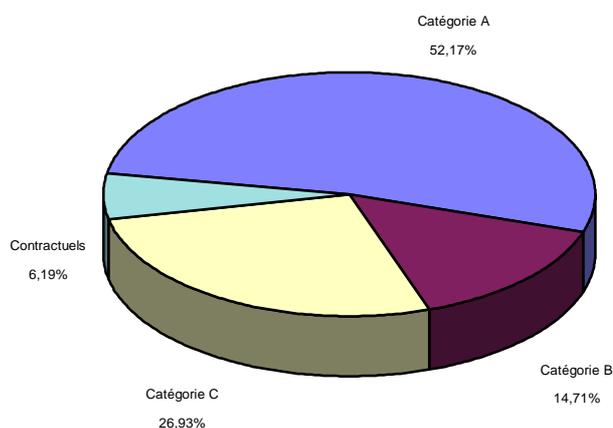
	Economie et Finances	Equipement	Intérieur	Industrie	Défense	Education nationale	CNRS	Poste et Télécom.	La Poste	Travail	Cour des comptes	Agriculture et pêche	Caisse des dépôts et consignations	Justice	Affaires sociales	Conseil d'Etat	Météo France	Institution nationale des invalides	Office national des forêts	Agence du médicament	Commission des opérations de bourse	Jeunesse et sports	Institut géographique national	Affaires étrangères	Anciens combattants	Préfecture de police	Premier Ministre	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Centre national d'études spatiales	Petites et moyennes entreprises, commerce et artisanat	Total	Pour cent	
Incompétence	2	11	5	3	6	4	2	0	0	1	1	2	0	1	2	0	1	2	1	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	45	6,97
Irrecevabilité	1	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0,46	
Compatibilité	208	95	45	33	14	16	17	13	9	8	7	8	11	10	7	9	7	5	5	5	5	2	2	2	1	1	1	1	1	1	549	84,98	
Compatibilité sous réserve	5	5	1	0	0	0	1	1	4	1	3	1	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	24	3,72	
Incompatibilité	4	9	2	0	1	0	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	20	3,10	
Incompatibilité en l'état	2	1	0	0	0	0	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	5	0,77	
Total	222	123	53	36	21	20	20	15	13	12	12	11	11	11	10	10	8	7	6	6	6	3	2	2	1	1	1	1	1	1	646	100,00	
Pour cent	34,37	19,04	8,20	5,57	3,25	3,10	3,10	2,32	2,01	1,86	1,86	1,70	1,70	1,70	1,55	1,55	1,24	1,08	0,93	0,93	0,93	0,46	0,31	0,31	0,15	0,15	0,15	0,15	0,15	100,00			



Le précédent rapport notait que les avis d'incompatibilité ne sont pas l'apanage des corps de catégorie A. Ceci reste vrai, mais il faut quand même constater qu'en 1996 sur 174 demandes concernant des fonctionnaires de catégorie C, il y a eu seulement un avis défavorable et aucun avis favorable sous réserve, alors que les chiffres correspondants étaient respectivement de 14 et 20 pour la catégorie A, 5 et 3 pour la catégorie B et 5 et 1 pour les contractuels. La proportion des avis défavorables ou conditionnels est donc d'environ 10 % pour la catégorie A, 8,4 % pour la catégorie B, 15 % pour les contractuels et seulement 0,57 % pour la catégorie C. Pour apprécier l'efficacité du contrôle de la commission, ces chiffres par catégorie sont plus significatifs que les chiffres globaux incluant la catégorie C, tant il est vrai que le dispositif de contrôle institué par l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, modifiée par la loi du 28 juin 1994, visait essentiellement les hauts fonctionnaires. En ce qui concerne la catégorie C, le nombre infime d'avis défavorables ou sous réserve pourrait conduire à envisager un allègement de la procédure de contrôle.

TABLEAU 6 : REPARTITION DES AVIS PAR CATEGORIE - 1995-1996

	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Contractuels	Total
Incompétence	21	16	6	2	45
Irrecevabilité	3	0	0	0	3
Compatibilité	279	71	167	32	549
Compatibilité sous réserve	20	3	0	1	24
Incompatibilité	12	2	1	5	20
Incompatibilité en l'état	2	3	0	0	5
Total	337	95	174	40	646
Pour cent	52,17	14,71	26,93	6,19	100,00



La répartition des avis par corps recoupe assez largement leur répartition par ministère. Les corps du ministère de l'équipement (ingénieurs des ponts et chaussées, ingénieurs et contrôleurs des travaux publics de l'Etat) recueillent à eux seuls près du quart des avis défavorables. Un autre corps qui est en contact permanent avec les entreprises, celui des inspecteurs des impôts, est particulièrement exposé à tomber sous le coup des incompatibilités du décret du 17 février 1995. Il a donné lieu, en 1996, à 1 avis défavorable et 3 avis conditionnels, à rapprocher des 4 avis d'incompatibilité de 1995-1996.

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

	administrateurs civils	ingénieurs des mines	ingénieurs des ponts et chaussées	inspecteurs des affaires sanitaires et sociales	inspecteurs des finances	ingénieurs du génie rural des eaux et forêts	ingénieurs des travaux publics de l'Etat	Cour des comptes	Conseil d'Etat	corps préfectoral	ingénieurs des télécommunications	inspecteurs des impôts	inspecteurs du travail	contrôleurs des travaux publics de l'Etat	contrôleurs des impôts	agents de constatation ou d'assiette des impôts	agents de recouvrement du Trésor	adjoints administratifs agents administratifs	agents contractuels	autres	Total
Incompétence	0	2	2	1	0	2	0	1	0	0	0	0	0	2	0	0	1	1	2	31	45
Irrecevabilité	0	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	3
Compatibilité	53	24	26	1	12	6	20	7	7	5	11	6	0	3	5	27	23	58	32	223	549
Compatibilité sous réserve	0	0	0	1	0	1	3	2	0	1	1	3	1	0	0	0	0	0	1	10	24
Incompatibilité	2	0	1	0	0	0	3	0	0	0	1	1	1	1	0	0	1	0	5	4	20
Incompatibilité en l'état	1	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	2	5
Total	56	26	30	3	13	9	26	11	7	6	13	10	2	7	5	27	25	59	40	271	646
Pour cent	8,67	4,02	4,64	0,46	2,01	1,39	4,02	1,70	1,08	0,93	2,01	1,55	0,31	1,08	0,77	4,18	3,87	9,13	6,19	41,95	100,00

1.5. SUITES DONNEES AUX AVIS

Bien que la circulaire du Premier ministre du 17 février 1995 ait prescrit aux directions du personnel de faire parvenir à la commission pour le 15 février au plus tard le bilan des suites, positives et négatives, données aux avis de la commission, celle-ci ne disposait pas encore, à la date d'adoption du présent rapport, des bilans complets concernant le ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche et le ministère du travail et des affaires sociales.

En l'état des informations fournies à la commission il apparaît que tous les avis favorables qu'elle a émis ont été suivis. Il est vrai que, dans quelques cas où la commission avait donné un avis favorable, une disponibilité a été refusée, parce que l'intéressé ne remplissait pas les conditions réglementaires pour être placé dans cette position. Mais de telles décisions ne contredisent pas les avis de la commission, qui ne se prononcent pas sur ces conditions, mais uniquement sur la compatibilité des activités privées envisagées avec les fonctions administratives antérieures.

Sur les vingt avis d'incompatibilité émis par la commission, quatre n'ont pas été suivis. Dans deux de ces cas la commission avait estimé qu'il y avait incompatibilité au regard du 1^o du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995, dans un autre cas l'incompatibilité découlait du 2^o, enfin dans le dernier cas elle résultait à la fois du 1^o et du 2^o. Deux de ces décisions contraires à l'avis de la commission émanent du ministère de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme, une du ministère de la défense et une de la Commission des opérations de bourse.

Il faut encore signaler que, dans le cas d'un inspecteur des impôts qui avait fait l'objet d'un avis défavorable, à une date où la commission n'avait pas encore recouru à la formule de l'avis favorable sous réserve (voir 1.4.1.), le

ministère de l'économie et des finances a permis à l'intéressé d'exercer l'activité privée considérée comme incompatible par la commission, compte tenu du fait que, postérieurement à l'avis de la commission, l'intéressé s'était engagé à ne pas avoir de contacts avec ses anciens services dans l'exercice de son activité privée.

2 . LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION

2.1. COMPETENCE, RECEVABILITE ET PROCEDURE

2.1.1. COMPETENCE

La commission a confirmé à de nombreuses reprises en 1996 sa jurisprudence selon laquelle elle n'est pas compétente pour se prononcer sur le cas d'un fonctionnaire placé en disponibilité et exerçant une activité privée lorsque celui-ci demande à être maintenu en disponibilité sans changer d'activité. L'exercice de nouvelles fonctions au sein d'une même entreprise n'est pas nécessairement considéré comme un changement d'activité ; ainsi la commission s'est déclarée incompétente pour connaître du cas d'un consultant en formation dans une société de conseil en gestion de ressources humaines qui était devenu directeur du département conseil de cette même société (*avis n°96.A0628 du 12 décembre 1996*).

De même, bien que ces situations deviennent plus rares à mesure que le temps passe, la commission a eu à plusieurs reprises, conformément à sa jurisprudence, à se déclarer incompétente pour donner un avis sur la compatibilité avec ses fonctions administratives précédentes 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 (*avis n°96.A0228 du 15 mai 1996*).

En dehors de ces deux cas, sur lesquels elle avait fixé sa jurisprudence dès ses premières séances, la commission a, en 1996, précisé, dans plusieurs hypothèses nouvelles, les limites de sa compétence.

Selon l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, qui l'a instituée, la commission est obligatoirement consultée 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. La commission en a déduit qu'elle n'est compétente qu'à l'égard des agents publics entrant dans le champ d'application de la loi du 11 janvier 1984. C'est le cas d'un praticien universitaire - praticien hospitalier, qui, en tant qu'hospitalier, est soumis à un statut spécial, mais qui, en tant qu'universitaire, relève du statut général des fonctionnaires (*avis n°96.A0246 du 15 mai 1996*). C'est le cas aussi du président d'une autorité administrative indépendante qui, en vertu du texte régissant cette autorité, est soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics (*avis n°96.A0317 du 18 juillet 1996*).

Les agents non titulaires de droit public de l'Etat ne sont pas soumis à la loi du 11 janvier 1984, mais il résulte des articles 13 et 14 du décret du 17 février 1995 modifié par le décret du 6 juillet 1995 que la commission exerce à leur égard les mêmes compétences qu'à l'égard des fonctionnaires titulaires (*avis n°96.A0635 du 12 décembre 1996*).

Il résulte également du renvoi fait par l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 à l'article 72 de la loi du 11 janvier 1984, qui concerne les activités privées interdites aux fonctionnaires, que la commission n'est pas compétente pour connaître du cas des fonctionnaires ou agents non titulaires de droit public qui se proposent d'exercer, en disponibilité ou après leur cessation définitive d'activité, une activité de caractère public. La commission s'est donc déclarée incompétente pour émettre un avis sur les demandes de fonctionnaires qui souhaitaient être mis en disponibilité ou cesser définitivement leurs fonctions pour exercer leur activité à l'Agence nationale pour l'emploi (*avis n°96.A0318*

du 18 juillet 1996), dans un hôpital rural (*avis n° 96.A0458 du 10 octobre 1996*) dans un syndicat intercommunal (*avis n° 96.A0576 du 21 novembre 1996*) ou dans une chambre de commerce et d'industrie (*avis n° 96.A0635 du 12 décembre 1996*). En revanche, lorsqu'un fonctionnaire se propose d'exercer une activité dans une entreprise publique dont l'activité s'exerce conformément au droit commun et dans un secteur concurrentiel, cette entreprise publique est assimilée à une entreprise privée, en application du dernier alinéa du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995 et la commission est donc compétente (voir infra 2.2.2.1.3.). Cette jurisprudence s'applique en cas d'activité exercée à l'étranger dans un organisme qui, au vu des éléments dont la commission dispose, peut être regardé comme présentant un caractère public, tel qu'une université allemande (*avis n° 96.A0264 du 6 juin 1996*) ou brésilienne (*avis n° 96.A0429 du 31 octobre 1996*) ou une armée étrangère (*avis n° 96.A0573 du 21 novembre 1996*).

La commission estime également que, comme le précise le décret du 17 février 1995, les interdictions édictées par l'article 72 de la loi du 11 janvier 1984 ne peuvent s'appliquer qu'à des activités lucratives. Elle se déclare donc incompétente pour se prononcer sur les activités bénévoles exercées par d'anciens fonctionnaires ou des fonctionnaires en disponibilité, par exemple, sur une activité de secouriste dans une association départementale de protection civile (*avis n° 96.A0574 du 21 novembre 1996*). Mais, même si elle n'est pas rémunérée en tant que telle, l'activité d'un directeur commercial d'une SARL dont l'intéressé détient 45 % des parts et qui a pour objet l'exploitation d'une marque dont il est propriétaire, n'est pas une activité bénévole et est soumise au contrôle de la commission (*avis n° 96.A0282 du 27 juin 1996*). Il en est de même de l'activité d'un membre du conseil de surveillance d'une société rémunéré par des jetons de présence et pouvant en outre bénéficier d'une rémunération pour des missions exceptionnelles (*avis n° 96.A0317 du 18 juillet 1996*).

La commission a aussi déduit des termes de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 qu'elle est compétente pour apprécier la compatibilité avec ses fonctions administratives antérieures de l'activité privée qu'un fonctionnaire se propose d'exercer après sa mise en disponibilité ou la cessation définitive de ses fonctions et non pour se prononcer sur les modifications de sa situation administrative. Dès lors, lorsqu'elle a émis un avis sur cette compatibilité, elle a épuisé sa compétence et ne doit être à nouveau saisie du cas de l'intéressé que s'il change d'activité privée. En revanche elle ne doit pas l'être lorsque seule sa situation administrative se trouve modifiée. En particulier, quand elle a émis un avis sur la compatibilité de l'activité privée exercée par un fonctionnaire en disponibilité, elle n'est pas compétente pour examiner une demande de cessation définitive de ses fonctions présentée par ce fonctionnaire en vue de poursuivre cette même activité (*avis n° 96.A0537 du 31 octobre 1996*).

Enfin un autre cas d'incompétence de la commission résulte de l'article 15 du décret du 17 février 1995 modifié, qui dispose que les dispositions de ce décret ne s'appliquent pas à la création d'oeuvres scientifiques, littéraires et artistiques. La commission n'a donc pas à être saisie lorsqu'un fonctionnaire entend exercer une telle activité. Mais cette disposition dérogatoire est d'interprétation stricte ; elle s'applique à l'activité d'un écrivain (*avis n° 95.A0325 du 9 novembre 1995*), mais non à celle d'une personne qui ne se borne pas à créer des oeuvres artistiques, mais en fait commerce au sein d'une galerie ou d'un magasin dont il est propriétaire (*avis n° 96.A0586 du 12 décembre 1996 et n° 96.A0539 du 31 octobre 1996*).

2.1.2. RECEVABILITE

La commission a confirmé, en en précisant la motivation, sa jurisprudence d'après laquelle elle ne peut être saisie de recours gracieux. Il résulte des dispositions du V de l'article 11 du décret du 17 février 1995 que l'avis de la commission est nécessairement suivi, dans un délai d'un mois au plus, d'une décision explicite ou implicite de l'autorité dont dépend le fonctionnaire. Ce délai très bref exclut la possibilité pour la commission de procéder, avant l'intervention de l'autorité compétente, à un nouvel examen des affaires sur lesquelles elle a émis un avis. Ce nouvel examen n'est plus possible une fois que la décision a été prise. Dès lors, si le fonctionnaire dont la demande a fait l'objet d'un avis défavorable conserve la possibilité de présenter à la commission une demande nouvelle concernant une activité différente de celle qui avait donné lieu à cet avis, il n'est pas recevable à la saisir d'un recours gracieux tendant uniquement à ce qu'elle revienne sur l'appréciation à laquelle elle s'était livrée pour émettre un avis défavorable. Cette appréciation ne peut être contestée que devant l'autorité dont dépend le fonctionnaire, qui n'est pas liée par l'avis de la commission (*avis n° 96.A0190 du 25 avril 1996*).

Lorsqu'un ancien fonctionnaire commence à exercer une activité privée plus de cinq ans après avoir cessé définitivement ses fonctions, il n'a pas à en informer l'autorité dont il relevait avant sa cessation de fonctions. La déclaration qu'il présente à cette autorité et dont la commission est saisie est sans objet. Si postérieurement à la cessation définitive de ses fonctions, l'intéressé a repris une activité en tant qu'agent non titulaire de droit public, c'est à l'autorité dont il relevait à ce titre qu'il doit déclarer son activité privée (*avis n° 96.A0315 du 27 juin 1996*).

2.1.3. PROCEDURE

Pas plus qu'au cours de la période précédente, la commission n'a eu recours en 1996 à la procédure de l'avis favorable tacite prévue par le III de l'article 11 du décret du 17 février 1995.

Mais cette procédure, qui impose à la commission de se prononcer dans le délai d'un mois, faute de quoi elle est réputée avoir donné un avis favorable, l'a obligé à nouveau dans les cas où elle n'était pas en mesure, au vu des éléments dont elle avait pu disposer dans ce délai, de se prononcer en toute connaissance de cause, à donner un avis défavorable en l'état (*avis n° 96.A0243 du 15 mai 1996, n° 96.A364 du 8 août 1996, n° 96.A0372 du 8 août 1996 et n°96.A0644 du 12 décembre 1996*), qui ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé présente une nouvelle demande assortie d'un dossier plus complet.

En outre, comme il est signalé ci-dessus (1.4.), la commission a, en 1996, eu recours à une nouvelle formule, celle des avis favorables sous réserve, qui avait déjà été signalée dans le précédent rapport (3.2.2.), mais n'avait pas encore été utilisée jusqu'en mars 1996. La commission y a été amenée en constatant qu'après avoir émis un avis défavorable au motif que, l'intéressé risquait d'avoir dans son activité privée des relations avec son ancien service qui seraient de nature à mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité de ce service, elle était souvent saisie d'une nouvelle demande dans laquelle le fonctionnaire s'engageait à ne pas avoir de relations avec son ancien service ou à exercer son activité en dehors de la

circonscription où il était précédemment affecté. Compte tenu de cet engagement, cette demande pouvait faire l'objet d'un avis favorable. Il est arrivé aussi que, devant les objections qu'il prévoyait de la part de la commission, un fonctionnaire prenne, dès sa demande initiale, un engagement de cette nature. Il est ainsi apparu à l'expérience qu'un avis favorable pouvait être subordonné à des conditions que le demandeur s'engageait spontanément à respecter. Faisant un pas supplémentaire, la commission a estimé qu'il lui appartenait d'imposer au fonctionnaire de respecter de telles conditions pour pouvoir bénéficier d'un avis favorable.

On a vu (1.4.1.) que cette formule de l'avis conditionnel a été utilisée en 1996 dans 24 affaires. Compte tenu des particularités propres à chaque dossier, les conditions peuvent être imposées unilatéralement à l'intéressé (*avis n°96.A0590 du 12 décembre 1996*) ou résulter d'un engagement qu'il a pris (*avis n°96.A0366 du 8 août 1996*) ou qu'il lui est demandé de prendre (*avis n°96.A0454 et A0455 du 10 octobre 1996*). Elles peuvent porter sur l'interdiction d'exercer son activité dans une certaine aire géographique (*avis n°96.A0456 du 10 octobre 1996*) ou d'avoir des relations avec son ancienne administration (*avis n° 96.A0466 du 10 octobre 1996*) ou de travailler pour des personnes avec lesquelles l'intéressé était en relation dans son ancien service (*avis n° 96.A0527 du 31 octobre 1996*) ou de traiter des affaires dont il avait eu à connaître dans ses fonctions administratives (*avis n° 96.A0212 du 25 avril 1996*).

2.2. APPRECIATION DE LA COMPATIBILITE

2.2.1. PERIODE DE REFERENCE

Selon le 1° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995, la compatibilité d'activités professionnelles dans une entreprise privée s'apprécie par rapport aux fonctions administratives exercées au cours des cinq dernières années précédant la cessation définitive des fonctions ou la mise en disponibilité. Il a été signalé dans le précédent rapport (3.2.1.2.) que dans le cas de prolongation de la disponibilité pour plusieurs périodes successives, la période de cinq ans à prendre en considération était celle qui précédait la mise en disponibilité initiale, mais que, si au cours des cinq ans précédant le début de l'activité privée, le fonctionnaire avait été tantôt en disponibilité, tantôt en activité, la période de référence était constituée par les cinq années précédant la fin de la dernière période d'activité. Toutefois il peut se faire qu'entre deux périodes de disponibilité le fonctionnaire soit réintégré pour une période très courte et sans recevoir une affectation effective. En pareil cas, il n'y a pas lieu de tenir compte de la réintégration et la période de référence à retenir est celle de cinq ans qui précède la mise en disponibilité initiale (*avis n°96.A0234 du 15 mai 1996* et *avis n°96.A0615 du 12 décembre 1996*).

2.2.2. APPLICATION DES CRITERES DE CONTROLE DE COMPATIBILITE

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

2.2.2.1.1. La notion d'entreprise privée

La question de savoir si un organisme privé dans lequel le demandeur souhaite aller travailler est une entreprise au sens du 1° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995 se pose très souvent. Pour la résoudre, la commission tient compte, moins du statut juridique de l'organisme, que de son activité économique. Une association peut être regardée comme une entreprise, dès lors qu'elle a une activité économique et notamment qu'elle effectue des prestations à titre onéreux au profit de tiers. Tel est le cas par exemple de l'association «les victoires de la musique» (*avis n° 96.A0291 du 27 juin 1996*), d'un club sportif *professionnel* (*avis n° 96.A0340 du 18 juillet 1996*), d'une association qui organise des activités de découverte auprès de jeunes en échec scolaire (*avis n° 96.A0322 du 18 juillet 1996*), de l'association ouvrière des compagnons du devoir du tour de France, eu égard à ses statuts, ses missions et ses ressources (*avis n° 96.A0632 du 12 décembre 1996*). De même ont été considérés comme des entreprises l'Institut Gustave Roussy malgré son statut d'établissement d'utilité publique (*avis n° 96.A289 du 27 juin 1996*) et l'Institut Pasteur de Lille malgré son statut de fondation (*avis n° 96.A0625 du 12 décembre 1996*).

En revanche ne peuvent être considérés comme des entreprises privées un foyer de charité (*avis n° 96.A0282 du 27 juin 1996*), le centre institutionnel des bilans de compétence, compte tenu de sa composition, de son mode de financement et de ses missions (*avis n° 96.A0367 du 8 août 1996*), un comité régional du tourisme, qui ne fournit aucune prestation à titre onéreux (*avis n° 96.A0398 du 29 août 1996*).

Les organisations patronales ne sont en principe pas considérées comme des entreprises. C'est la solution adoptée pour le groupement des industries des télécommunications et de l'électronique professionnelle (*avis n°96.A0319 du 18 juillet 1996*) et pour le Conseil national du patronat français (*avis n°96.A0462 du 10 octobre 1996*).

Dans le domaine de la protection sociale, les organismes privés chargés d'une mission de service public, tels qu'une caisse primaire d'assurance maladie, ne sont pas considérés comme des entreprises (*avis n° 96.A0295 du 27 juin 1996*). Pour les organismes gérant des retraites complémentaires, les solutions sont plus nuancées. L'association des régimes de retraite complémentaire (ARRCO) n'a pas été regardée comme une entreprise, compte tenu de ses missions, de l'origine de ses fonds et de l'absence d'activité dans le secteur concurrentiel (*avis n°96.A0439 du 19 septembre 1996*). Mais la solution inverse a été retenue pour l'association générale des retraites par répartition, qui exerce des activités dans un cadre concurrentiel (*avis n° 96.A0390 du 29 août 1996*).

Les groupement d'intérêt économique (G.I.E.) sont considérés comme des entreprises, même lorsqu'ils n'ont pas de capital, mais dans ce cas la compatibilité de l'activité du fonctionnaire au sein du G.I.E. avec ses fonctions antérieures s'apprécie

compte tenu des relations qu'il a pu avoir dans l'exercice de ces fonctions non seulement avec le G.I.E., mais avec les entreprises le composant (*avis n° 96.A0200 du 25 avril 1996*). Si au contraire le G.I.E. est doté d'un capital, les relations avec les entreprises membres du G.I.E ne sont prises en considération que pour autant qu'elles détiennent au moins 30 p. 100 du capital du G.I.E. ou qu'elles sont liées avec lui par un contrat d'exclusivité (*avis n° 96.A0373 du 8 août 1996*).

Lorsque l'organisme privé dans lequel le fonctionnaire se propose d'aller exercer une activité professionnelle n'est pas une entreprise, le 1° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995 n'est pas applicable et la compatibilité de cette activité avec les fonctions administratives antérieures s'apprécie uniquement au regard du 2°.

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

La commission a confirmé à de nombreuses reprises sa jurisprudence selon laquelle les fonctions exercées par un fonctionnaire, même en position de détachement ou hors cadre, dans une entreprise privée ou dans une entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé ne sont pas des fonctions administratives, seules susceptibles d'entraîner l'interdiction d'exercer certaines activités privées en application des dispositions du 1° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995.

Ces dispositions ont donc été considérées comme n'étant pas applicables à des fonctionnaires qui, dans les cinq années précédant leur mise en disponibilité ou leur cessation définitive d'activité étaient détachés ou hors cadre à l'Agence foncière et technique de la région parisienne (*avis n° 96.A0273 du 6 juin 1996*), à la Régie des transports de la ville de Marseille (*avis n°96.A0297 du 27 juin 1996*), au Crédit national (*avis n°96.A0306 du 27 juin 1996*) ou à la COGEMA (*avis n°96.A0356 du 8 août 1996*).

En revanche, constituent des fonctions administratives pouvant entraîner une incompatibilité par application du 1° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995, les fonctions de commandant d'un port autonome (*avis n° 96.A0349 du 18 juillet 1996*) ou de directeur des services concédés d'une chambre consulaire (*avis n° 96.A0582 du 21 novembre 1996*).

De même que les périodes passées dans une entreprise privée ou dans une entreprise publique du secteur concurrentiel, les périodes pendant lesquelles un fonctionnaire est détaché ou hors cadre auprès d'une organisation internationale (*avis n° 96.A0310 du 27 juin 1996, avis n° 96.A0375 du 8 août 1996*), ou pour exercer un mandat électif (*avis n° 96.A0341 du 18 juillet 1996*) ne peuvent donner lieu à application des dispositions du 1° du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995. Si pendant la totalité des cinq ans précédant sa mise en disponibilité, ou sa cessation définitive d'activité le fonctionnaire a occupé de telles fonctions, ces dispositions sont inapplicables et la compatibilité s'apprécie uniquement au regard du 2°. Si c'est seulement pendant une partie de ces cinq ans que l'intéressé a occupé des fonctions de cette nature, il y a lieu d'appliquer les dispositions du 1° en tenant compte uniquement des autres fonctions, de nature administrative, exercées pendant cette période.

2.2.2.1.3. La notion d'entreprise publique du secteur concurrentiel

Il s'agit ici de savoir non plus, comme au paragraphe précédent (2.2.2.1.2.), si les fonctions exercées dans une entreprise publique sont incompatibles avec l'exercice ultérieur de certaines activités privées, mais si l'activité exercée dans une entreprise publique est soumise au contrôle de compatibilité confié à la commission. Ceci étant, les critères à utiliser pour répondre à ces deux questions sont les mêmes ; il faut toujours rechercher si une entreprise publique exerce son activité conformément au droit privé et dans un secteur concurrentiel et lorsque ces deux conditions sont réunies, l'entreprise est assimilée à une entreprise privée en application du dernier alinéa du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995 et l'activité exercée dans cette entreprise est traitée comme une activité privée, qui ne peut faire naître d'incompatibilité avec une autre activité privée exercée ultérieurement, mais dont la compatibilité avec les fonctions administratives antérieures doit être vérifiée.

C'est ainsi que la commission s'est reconnue compétente pour apprécier la compatibilité avec leurs fonctions administratives antérieures des activités exercées par des fonctionnaires dans les entreprises publiques suivantes, qui ont été considérées comme fonctionnant conformément au droit privé et dans le secteur concurrentiel : Renault (*avis n° 96.A0208 du 25 avril 1996*), Union des groupements d'achats publics (*avis n° 96.A0285 du 27 juin 1996*), GIAT Industries (*avis n°96.A0321 du 18 juillet 1996*), SCET-DAGO (*avis n°96.A0443 du 19 septembre 1996*), Société d'économie mixte d'aménagement de Paris (*avis n° 96.A0446 du 19 septembre 1996*).

A l'inverse, compte tenu de l'origine publique de ses ressources budgétaires et fiscales, et du caractère non concurrentiel des interventions foncières réalisées jusqu'à présent par cet établissement sur des terrains appartenant à des personnes publiques, l'Établissement foncier du Nord-Pas-de-Calais a été considéré comme n'étant pas assimilable avec une entreprise privée (*avis n° 96.A0299 du 27 juin 1996*).

2.2.2.1.4. La notion de contrôle et de surveillance.

Les fonctionnaires les plus exposés à tomber sous le coup des incompatibilités édictées à l'encontre des fonctionnaires chargés de surveiller ou contrôler les entreprises sont ceux des corps d'inspection, tels que les inspecteurs du travail ou les inspecteurs des impôts. Dès lors que le fonctionnaire appartenant à l'un de ces corps avait vocation à contrôler une entreprise, il ne peut être embauché par elle, alors même qu'il ne l'aurait pas effectivement contrôlée. C'est le cas par exemple pour un inspecteur du travail qui se propose d'aller travailler dans une entreprise de sa circonscription (*avis n° 96.A0293 du 27 juin 1996*) ou pour un inspecteur des impôts affecté à la direction des vérifications nationales et internationales dans une brigade compétente à l'égard des établissements bancaires et financiers et chargé à ce titre de contrôler des filiales à objet financier de la société de construction automobile par laquelle il souhaitait être engagé comme fiscaliste (*avis n° 96.A0147 du 14 mars 1996*).

Mais rien ne s'oppose à ce qu'un inspecteur des impôts qui était affecté à la Direction des vérifications nationales et internationale dans une brigade compétente

pour les entreprises du bois, du cuir et des transports devienne fiscaliste dans une société du secteur de la chimie (*avis n° 96.A0239 du 15 mai 1995*). Il faut également tenir compte du niveau hiérarchique du fonctionnaire et de l'importance de l'entreprise qu'il rejoint ; c'est ce qui explique qu'un contrôleur des impôts ait pu être autorisé à devenir adjoint de direction dans une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée exploitant un hôtel restaurant dans sa circonscription (*avis n°96.A0336 du 18 juillet 1996*).

La situation des agents d'autorités de contrôle telles que la Commission des opérations de bourse (C.O.B.) ou l'Agence du médicament est assez voisine. Compte tenu de la spécialisation et de la hiérarchisation des fonctions au sein de ces autorités, la commission est amenée à vérifier dans chaque cas si l'agent intéressé avait dans ses attributions le contrôle ou la surveillance de l'entreprise dans laquelle il souhaite aller travailler.

Elle doit en outre tenir compte du fait que ces autorités emploient un grand nombre d'agents contractuels, souvent issus des entreprises soumises à leur contrôle et qui ont vocation à y retourner au terme de leur contrat. Elle veille donc, tout particulièrement dans ce cas, à interpréter strictement les notions de contrôle et de surveillance et les interdictions qui en découlent.

C'est ainsi qu'à la C.O.B., si une personne ayant compétence en matière d'agrément et de surveillance des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (O.P.C.V.M.) ne peut aller exercer une activité dans une banque qui assure la gestion d'O.P.C.V.M. (*avis n°96.A0317 du 18 juillet 1996*), en revanche aucune incompatibilité n'a été opposée à un chargé d'études au service des opérations et informations financières qui voulait exercer des fonctions d'analyste dans un cabinet de conseil en investissement (*avis n° 96.A0163 du 14 mars 1996*), au chef du service des relations internationales qui souhaitait devenir directeur des relations financières d'un constructeur d'automobiles (*avis n° 96.A0292 du 27 juin 1996*), à un chargé d'études au service des placements qui se proposait d'exercer les fonctions de directeur de l'audit interne d'une institution de retraite (*avis n° 96.A0390 du 29 août 1996*), à un agent du service des opérations et informations financières recruté en qualité de chargé des relations avec la clientèle dans une banque (*avis n° 96.A0640 du 12 décembre 1996*).

A l'Agence du médicament, il a été admis qu'un chef de travaux au département biologie médicale pouvait prendre la direction d'un laboratoire de biologie médicale (*avis n°96.A00424 du 29 août 1996*) et qu'un pharmacien chargé du secrétariat de la commission de contrôle de la publicité pouvait aller travailler dans une entreprise fabriquant des produits pharmaceutiques dès lors qu'il n'avait eu à connaître que d'un nombre infime de dossiers concernant cette entreprise (*avis n° 96.A0558 du 21 novembre 1996*).

Dans le cas des fonctionnaires d'administrations qui ne sont pas spécifiquement chargées du contrôle des entreprises, l'exercice d'une mission de contrôle ou de surveillance est plus difficile à saisir. Ici encore, la commission tient le plus grand compte de la situation de l'intéressé dans la hiérarchie et l'organigramme de son administration, pour apprécier s'il peut être regardé comme étant chargé, au sens du décret du 17 février 1995, de contrôler ou surveiller l'entreprise dans laquelle il souhaite aller travailler.

Dans une récente décision, le Conseil d'Etat a jugé que le chef du service des affaires monétaires et financières à la direction du Trésor exerçait en cette qualité un contrôle direct sur le Crédit Foncier de France et n'avait dès lors pu légalement être nommé sous-gouverneur de cette entreprise qui, compte tenu de son statut juridique de droit privé et de la composition de son capital, était une entreprise privée (6 décembre 1996 société LAMBDA n° 167502) (1). Pour sa part, la commission a estimé qu'un fonctionnaire de la direction du Trésor affecté successivement au bureau « assurance crédit à l'exportation », puis au bureau « biens d'équipement, services et opérations en capital » du service des financements et participations pouvait devenir directeur adjoint chargé de l'exécution des mandats de conseil financier dès lors que, dans ces différentes fonctions il n'était pas chargé de contrôler les banques (avis n° 96.A0583 du 21 novembre 1996). De même la commission a donné un avis favorable à la demande d'un autre fonctionnaire de la direction du Trésor, successivement adjoint au chef du bureau « trésorerie et politique monétaire » et adjoint au chef du bureau « endettement international » et qui envisageait d'être recruté par une banque compte tenu du fait que ces deux bureaux n'ont pas dans leurs attributions le contrôle des banques (avis n° 96.A0638 du 12 décembre 1996). Ces deux avis de la commission ne sont nullement en contradiction avec la décision du Conseil d'Etat ; ils concernent des situations différentes du point de vue du niveau hiérarchique et de l'étendue des attributions des fonctionnaires intéressés.

Les autres cas d'incompatibilité motivés par l'existence d'une mission de contrôle de l'entreprise souhaitant employer le fonctionnaire ont concerné un contrôleur principal des travaux publics de l'Etat (avis n° 96.A0071 du 1er février 1996), et un ingénieur contractuel à la direction des constructions navales (avis n° 96.A0173 du 4 avril 1996) qui reconnaissent avoir contrôlé les entreprises dans lesquelles ils souhaitaient travailler, un fonctionnaire détaché auprès d'un conseil régional chargé des affaires économiques et des prêts et garanties aux entreprises qui envisageait de rejoindre la société de développement régional de la même région (avis n° 96.A0183 du 4 avril 1996), un directeur régional de centre d'études techniques de l'équipement qui se proposait de devenir directeur technique régional d'une société d'autoroute (avis n° 96.A0347 du 18 juillet 1996) et enfin le conseiller technique au cabinet d'un ministre du travail qui avait eu à connaître des difficultés soulevées par le plan social de l'entreprise dans laquelle il désirait aller travailler (avis n° 96.A0082 du 22 février 1996).

En revanche, la commission a estimé que le fait pour un inspecteur des finances d'avoir conduit une mission d'enquête sur la fiabilité des statistiques hebdomadaires adressées par les spécialistes en valeurs du Trésor, aux seules fins de préparer une nouvelle instruction ministérielle, ne constituait pas l'exercice d'une mission de contrôle ou de surveillance entraînant l'interdiction pour l'intéressé d'aller travailler dans une banque spécialiste en valeurs du Trésor (avis n° 96.A0316 du 27 juin 1996).

De même le fait pour un préfet d'avoir été chargé du contrôle de légalité a posteriori sur les actes des collectivités locales n'a pas été regardé comme l'exercice d'une mission de contrôle sur les entreprises ayant conclu des marchés soumis à ce contrôle de légalité (avis n° 96.A0441 du 19 septembre 1996).

¹ La commission n'a pas eu à connaître de cette affaire car elle n'existait pas encore à la date à laquelle la décision annulée par le Conseil d'Etat a été prise. En outre, l'affaire concernait un fonctionnaire placé en position de détachement, alors que la commission n'est compétente qu'à l'égard des fonctionnaires mis en disponibilité ou cessant définitivement leurs fonctions.

Enfin, il a été admis qu'un ingénieur d'études et d'exploitation de l'aviation civile chargé de la certification de certains moteurs d'avions pouvait être recruté par un constructeur de moteurs autres que ceux qu'il avait pour mission de certifier (*avis n° 96.A0193 du 25 avril 1996*).

En ce qui concerne les membres des cabinets ministériels, le précédent rapport avait déjà signalé (3.2.2.1.5.) la difficulté qu'il y avait à considérer que leurs fonctions, qui ne sont définies par aucun texte, comportaient le contrôle ou la surveillance d'entreprises. Cependant, comme il a été signalé plus haut, la commission a donné un avis défavorable à la demande d'un conseiller technique au cabinet d'un ministre du travail dont elle a estimé qu'il avait eu à connaître des difficultés soulevées par le plan social de l'entreprise dans laquelle il se proposait d'aller travailler (*avis n° 96.A0082 du 22 février 1996*).

Mais en l'absence d'éléments permettant d'estimer qu'ils avaient effectivement eu à contrôler ou surveiller ces entreprises la commission a donné un avis favorable au départ d'un membre du cabinet du secrétaire d'Etat à la communication dans une SARL d'étude de marchés et de distribution de produits culturels, (*avis n° 96.A0308 du 27 juin 1996*), du directeur de cabinet du ministre du budget dans une banque (*avis n° 96.A0529 du 31 octobre 1996*), d'un conseiller technique du Premier ministre pour l'environnement, le nucléaire et les PME dans une société pétrolière (*avis n° 96.A0565 du 21 novembre 1996*) et du conseiller économique du Président de la République dans une société de distribution des eaux (*avis n° 96.A0597 du 12 décembre 1996*).

En définitive, en 1996, huit avis de la commission se fondent, pour conclure à une incompatibilité, sur le fait que le fonctionnaire ou agent intéressé avait été chargé, à raison même de ses fonctions, de contrôler ou surveiller l'entreprise dans laquelle il envisageait d'aller travailler.

2.2.2.1.5. La notion de participation à la passation de marchés ou contrats

La commission a donné, en 1996, trois avis défavorables au motif que le demandeur avait été chargé, à raison même de ses fonctions de passer des marchés avec l'entreprise dans laquelle il souhaitait travailler (*avis n°96.A0173 du 4 avril 1996* et *avis n° 96.A0228 du 15 mai 1996*) ou d'exprimer un avis sur un appel d'offres à l'issue duquel cette entreprise avait obtenu le marché (*avis n° 96.A0018 du 11 janvier 1996*). Dans l'un de ces cas (*avis du 4 avril 1996*) le fonctionnaire avait également été chargé, comme il a été signalé au 2.2.2.1.4., de contrôler l'entreprise.

En revanche, après avoir donné un avis défavorable en l'état, faute de disposer au dossier d'éléments d'appréciation suffisants, la commission a pu constater que le directeur de cabinet du président d'un établissement public de coopération intercommunale, bien qu'il ait participé à l'élaboration du dossier de l'appel d'offres à l'issue duquel cet établissement avait passé contrat avec une banque, ne pouvait être regardé comme ayant exprimé un avis sur le contrat et pouvait donc accepter d'exercer

au sein de cette banque les fonctions de directeur des relations avec les collectivités territoriales (*avis n° 96.A0213 du 25 avril 1996*).

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

2.2.2.2.1. Notion d'organisme privé

Alors que le 1° s'applique uniquement aux activités professionnelles dans les entreprises privées, le 2° concerne toutes les activités lucratives, salariées ou non, dans un organisme ou une entreprise privés et les activités libérales. Le champ d'application de ce texte est très large. Il inclut par exemple le conseil des marchés financiers, qualifié par la loi "organisme professionnel" (*avis n° 96.A0641 du 12 décembre 1996*), les associations qui ne peuvent être assimilées à des entreprises et les organismes privés chargés de la gestion d'un service public (voir 2.2.2.1.1.). Il exclut évidemment les organismes publics (voir 2.1.), mais aussi les activités exercées pour le compte de particuliers, par exemple celles de certaines assistantes maternelles ou gardiennes d'enfants, qui ne sont ni des activités dans une entreprise ou un organisme, ni des activités libérales (*avis n° 96.A0462 du 10 octobre 1996*).

2.2.2.2.2. Notion de dignité de la fonction

Aucune incompatibilité fondée sur cette notion n'a été constatée en 1996. En 1995, la commission avait considéré qu'il était contraire à la dignité de la fonction d'un fonctionnaire de soigner des malades par imposition des mains, cette activité pouvant constituer le délit d'exercice illégal de la médecine (*avis n° 95.A0136 du 27 juillet 1995*). Saisie par le même fonctionnaire d'une nouvelle demande portant sur l'activité de nutritionniste, qui n'est pas réglementée, la commission, qui n'est pas compétente pour vérifier les conditions dans lesquelles cette activité va s'exercer, n'a pu que donner un avis favorable (*avis n° 96.A0478 du 10 octobre 1996*).

2.2.2.2.3. Notion de fonctionnement normal du service

Le fonctionnement normal du service peut être mis en cause lorsqu'un fonctionnaire entend exercer à titre privé, notamment à titre libéral, une activité voisine de celle qu'il avait dans l'administration, risquant ainsi de concurrencer son ancien service. Tel était le cas pour un ingénieur des travaux publics, chef de service à la direction départementale de l'équipement, puis détaché auprès du département, qui souhaitait s'installer dans le même département comme ingénieur conseil auprès des collectivités locales dans le domaine des équipements publics (*avis n° 96.A0028 du 11 janvier 1996*). Dans certains cas, le risque de concurrence peut être écarté par une réserve dont l'avis favorable est assorti. Ainsi un conseiller financier de La Poste en retraite peut devenir agent mandataire d'une compagnie d'assurance, à condition qu'il n'exerce pas cette activité dans le secteur géographique de son ancien service (*avis n° 96.A.0456 du 10 octobre 1996*).

2.2.2.2.4. Notion d'indépendance et de neutralité du service

Cette indépendance ou cette neutralité peuvent être mises en cause lorsque, dans son activité privée, le fonctionnaire se retrouve face à face avec son ancien service, ce qui risque de faire bénéficier son entreprise ou ses clients d'un traitement favorable ou d'avantages particuliers, compte tenu de la connaissance qu'il a des pratiques et des agents du service.

Un tel risque peut conduire la commission à donner un avis favorable, sous réserve que, dans son activité privée, l'intéressé s'abstienne de toute relation avec son ancien service (*avis n° 96.A0454 du 10 octobre 1996, avis n° 96.A0466 du 10 octobre 1996, avis n° 96.A0622 du 12 décembre 1996*) ou qu'il ne perçoive aucune rémunération de ce service (*avis n° 96.A0590 du 12 décembre 1996*) ou qu'il n'exerce pas son activité privée dans le département où il était précédemment affecté (*avis n° 96.A0276 du 6 juin 1996*). Des conditions de cette nature sont fréquemment imposées aux fonctionnaires qui souhaitent devenir avocats. Leur formulation varie suivant les fonctions précédemment exercées. Il a été demandé :

- à un inspecteur du travail de ne pas « s'occuper d'affaires traitées dans le ressort de la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle » du département dans lequel il exerçait ses précédentes fonctions (*avis n° 96.A0167 du 4 avril 1996*) ;

- à un chef du bureau du contentieux de la direction générale des impôts de ne pas « donner des conseils en matière de contentieux fiscal sur des dossiers dont il a pu connaître dans ses fonctions antérieures » (*avis n° 96.A0212 du 25 avril 1996*) ;

- à des inspecteurs des impôts de ne pas « s'occuper d'affaires traitées dans le ressort des centres des impôts » dans lesquels il exerçait ses précédentes fonctions (*avis n° 96.A0209 du 25 avril 1996*) ou de ne pas « accepter la clientèle d'entreprises du secteur [d'activités dont il avait la charge] ou d'entreprises relevant de la région » dans laquelle il exerçait ses précédentes fonctions (*avis n° 96.A0342 du 18 juillet 1996*) ou de ne pas « entretenir de relations professionnelles avec des entreprises qui, dans l'état actuel de l'organisation du service, relèvent directement des compétences de la direction des vérifications nationales et internationales » (*avis n° 96.A0399 du 29 août 1996*) ou de ne pas exercer son activité « dans les secteurs professionnels [dont il avait la charge] et en relation avec les entreprises dont il s'est occupé au sein de la direction de vérification de la région » dans laquelle il exerçait ses précédentes fonctions (*avis n° 96.A0483 du 10 octobre 1996*) ;

- à un conseiller de chambre régionale des comptes de ne pas conseiller en tant qu'avocat les collectivités locales ou organismes soumis au contrôle des chambres dans lesquelles il avait été affecté (*avis n° 96.A0465 du 10 octobre 1996*) ;

- à des conseillers à la Cour des comptes de ne pas traiter de dossiers concernant des entreprises ou organismes contrôlés par eux dans les cinq ans précédant leur mise à la retraite ou la disponibilité (*avis n°96.A0527 et n°96.A0528 du 31 octobre 1996*).

Si l'autorité administrative compétente décide de suivre un tel avis, il lui appartient de s'assurer que les réserves dont il est assorti sont effectivement respectées, notamment en exigeant un engagement écrit de l'intéressé et en faisant usage, en cas de manquement, de ses pouvoirs de sanction.

La formule de l'avis favorable sous réserve ne peut toutefois être utilisée que lorsqu'une part limitée de l'activité privée envisagée est susceptible de mettre en cause la neutralité ou l'indépendance du service. Si au contraire cette part est d'une importance telle que, sans elle, l'exercice de l'activité privée ne serait plus possible ou plus rentable, la commission émet un avis défavorable. Tel a été le cas pour l'exercice par un chef de subdivision de l'équipement d'une activité de coordinateur de la sécurité des chantiers de construction dans le département où il exerçait précédemment ses fonctions (*avis n° 96.A0275 du 6 juin 1996*), par un ingénieur de l'aviation civile, adjoint au chef du bureau des affaires économiques à la direction générale de l'aviation civile des fonctions de directeur du développement et des études d'une compagnie aérienne (*avis n° 96.A0376 du 8 août 1996*).

De même, on peut mentionner l'exercice par le chef de la mission « activités agrément » à la direction régionale de l'équipement d'Ile-de-France des fonctions de directeur adjoint chargé du développement de la Société d'économie mixte d'aménagement de Paris (*avis n°96.A0446 du 19 septembre 1996*), par un assistant des travaux publics de l'Etat à Mayotte des fonctions de responsable des opérations de terrain dans une société de topographie et de voirie et réseaux divers de Mayotte (*avis n° 96.A0379 du 8 août 1996*), par le directeur des services concédés, notamment portuaires, d'une chambre consulaire d'une activité de consultant dans le domaine portuaire dans la circonscription de cet établissement (*avis n°96.A0582 du 21 novembre 1996*), par un ingénieur en chef des télécommunications, responsable de la cellule marketing du groupement « grand compte » de France Télécom des fonctions de responsable du compte télécom dans une banque (*avis n° 96.A0589 du 12 décembre 1996*).

Il peut se faire cependant que les contacts qu'un ancien fonctionnaire ou un fonctionnaire en disponibilité peut avoir son ancien service soient conformes à l'intérêt du service et n'entraînent aucune incompatibilité. Par exemple, il n'est pas interdit à un chargé de recherche au C.N.R.S. de devenir directeur d'une SARL constituée pour commercialiser un procédé mis au point par le laboratoire où il travaillait (*avis n° 96.A0269 du 6 juin 1996*). De tels passages de chercheurs dans le secteur privé sont au contraire encouragés par le C.N.R.S., dans le cadre d'une politique de valorisation de la recherche.

Au total, en 1996, la commission a émis dix avis d'incompatibilité fondés sur le 2° de l'article 1er du décret du 17 février 1995. En outre deux avis mentionnés ci-dessus

(2.2.2.1.5., n° 96.A0228 du 15 mai 1996 et 2.2.2.1.4, n° 96.A0190 du 22 février 1996) se réfèrent à la fois au 1° et au 2°.

CONCLUSION

L'expérience de l'année 1996 confirme les conclusions du précédent rapport. Le dispositif de contrôle mis en oeuvre par les lois des 29 janvier 1993 et 28 juin 1994 et par le décret du 17 février 1995 a fait la preuve de son utilité et de sa fiabilité.

Utile, puisque, pour les fonctionnaires de catégorie A, qu'il visait principalement, il aboutit dans 10 % des cas à des avis défavorables ou conditionnels et qu'il a permis à la commission d'élaborer une jurisprudence précisant les obligations des fonctionnaires qui désirent quitter l'administration pour aller travailler dans le secteur privé.

Fiable, puisque la commission a toujours réussi, malgré l'augmentation constante du nombre d'affaires dont elle est saisie, à se prononcer dans le bref délai qui lui est imparti et que ses avis ont été suivis par l'administration dans la très grande majorité des cas.

En l'état actuel des choses la commission dispose des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission, grâce notamment à la qualité du concours que lui fournissent ses rapporteurs et son secrétariat. Elle croit devoir souligner le rôle fondamental des rapporteurs dans l'instruction des affaires et la nécessité de continuer à les recruter parmi des fonctionnaires ou magistrats de haut niveau.

Au cas où dans l'avenir la charge de travail de la commission viendrait à s'accroître sensiblement, notamment parce que ses compétences seraient élargies, il serait nécessaire, soit de renforcer les moyens dont elle dispose, soit de simplifier ses méthodes de travail, notamment en utilisant, comme va le faire la commission de la fonction publique hospitalière, la procédure de l'avis favorable tacite pour régler les affaires qui ne soulèvent pas de difficultés, notamment celles qui concernent les fonctionnaires de catégorie C.

Ce dispositif pourrait cependant encore être amélioré.

La commission a formulé à cette fin, dans son premier rapport, des propositions qui demeurent valables.

Elle a notamment suggéré 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 conviendrait en outre de supprimer la disposition du 1er alinéa de l'article 10 du décret du 17 février 1995 qui prévoit que le quorum s'apprécie en début de séance. Cette disposition est, en effet, inapplicable dès lors que la composition de la commission varie en cours de séance, en raison de la présence en son sein du directeur du personnel de l'intéressé.

Enfin, la diffusion des rapports de la commission ne devrait pas être limitée aux administrations ; il serait souhaitable qu'ils soient publiés, afin que les fonctionnaires et agents publics et les entreprises ou organismes privés susceptibles de les employer soient exactement informés de leurs obligations respectives et que le public sache que le passage des fonctionnaires dans le secteur privé est soumis à un contrôle effectif.