

**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**

**( 1998 )**

\* \*  
\*

Ce rapport a été adopté par la Commission en sa séance du 23 février 1999.

# **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 et les agents non titulaires de l'Etat devant cesser ou ayant cessé temporairement (par la mise en disponibilité ou le congé) ou définitivement leurs fonctions a déjà établi trois rapports annuels. Celui-ci est donc le quatrième.

Comme les précédents, ce rapport comporte deux parties respectivement consacrées :

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

Pour faciliter l'utilisation des rapports successifs, le même plan a été respecté à l'intérieur des chapitres. En revanche, même s'il est fait allusion fréquemment aux avis des années précédentes, le présent rapport ne reprend pas l'intégralité de la jurisprudence de la commission et s'en tient aux avis émis en 1998.

**1. LE BILAN DE L'ACTIVITÉ  
DE LA COMMISSION**

## **1.1. FLUX DES SAISINES**

La commission s'est réunie 18 fois en 1998, 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 1998 huit cent treize avis au lieu de sept cent vingt six en 1997, soit une augmentation de 11,98 %, succédant à deux augmentations de 12,38 % et 17,03 %. Pourtant les avis d'incompétence et d'irrecevabilité restent peu nombreux (5,5 % contre 5 % en 1997), les administrations ayant en général bien compris la compétence de la commission. La proportion des avis d'incompatibilité en l'état baisse légèrement : 1,23 % contre 1,38 % en 1997. 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 six cent soixante dix-neuf à sept cent cinquante-huit, soit une augmentation de 11,63 %, succédant à des augmentations de 4,5 % et 25,63 %.

Le nombre des avis par séance a été en moyenne supérieur à 45, contre 40 et 38 les années précédentes, avec une forte amplitude de 24 à 71.

Aucun changement politique, ni aucun élargissement des compétences de la commission n'explique cette augmentation d'activité. Comme les années précédentes, on ne peut que penser que l'existence de la commission et l'obligation de la consulter sont connues d'un nombre croissant d'administrations, notamment déconcentrées, et de fonctionnaires, notamment de ceux qui ont quitté l'administration depuis quelque temps. Il reste en tout cas difficile de conclure à un accroissement réel et durable du nombre de départs de fonctionnaires vers le secteur privé.

## **1.2. CAS DE SAISINES**

Comme dans les années précédentes, 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.

La grande majorité des saisines concerne toujours des fonctionnaires demandant à être mis en disponibilité ou sollicitant le renouvellement de celle-ci, ou encore commençant une activité nouvelle ou en changeant alors qu'ils sont déjà en disponibilité.

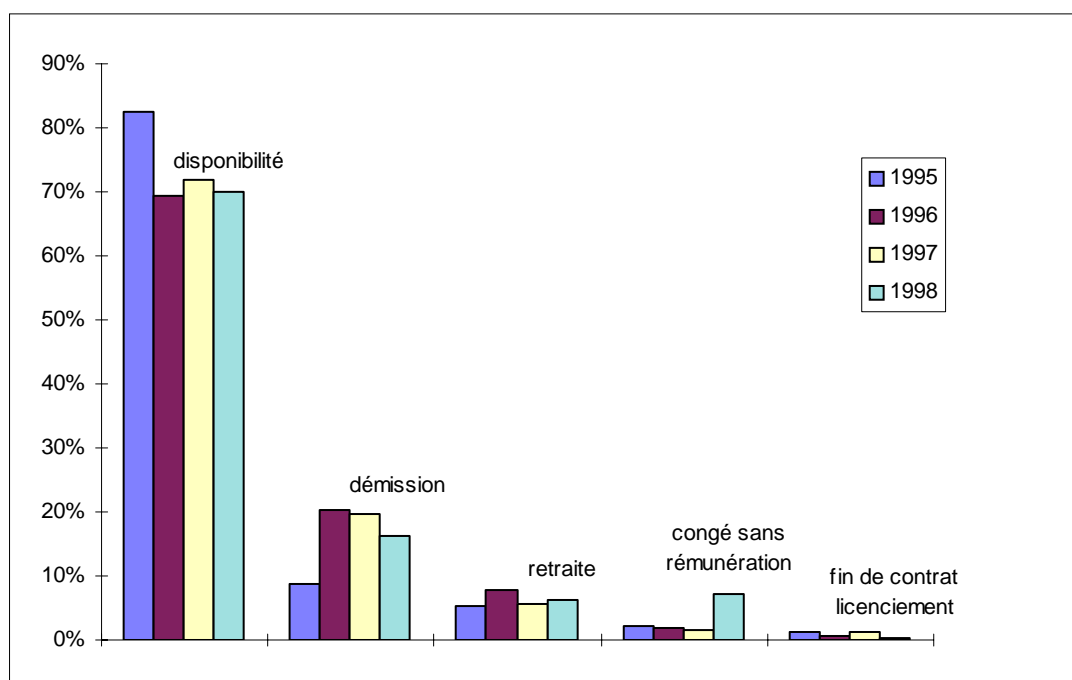
On peut constater la faiblesse persistante de la part des retraités et surtout une très importante augmentation des contractuels partant en congé sans rémunération.

Ce double phénomène, et notamment le second, traduit davantage une meilleure prise de conscience des administrations et des intéressés de l'étendue du

champ d'application du décret de 1995 qu'un changement de comportement professionnel. Le premier suppose une meilleure information par l'administration des agents quittant définitivement le service.

Tableau 1 - Répartition des avis par position - Évolution

	disponibilité	démission	retraite	congé sans rémunération	fin de contrat licenciement	Total
<b>1995</b>	82,47%	8,76%	5,41%	2,06%	1,30%	100 %
<b>1996</b>	69,35%	20,43%	7,89%	1,86%	0,47%	100 %
<b>1997</b>	71,76%	19,70%	5,78%	1,52%	1,24%	100 %
<b>1998</b>	69,99%	16,24%	6,40%	7,13%	0,24%	100 %
<b>Moyenne</b>	71,86%	17,41%	6,53%	3,46%	0,74%	100 %



### **1.3. ORIGINE DES SAISINES**

**1.3.1.** On observe en 1998 une relative stabilité dans la **répartition des saisines par administration gestionnaire**.

On peut toutefois noter quelques évolutions : la part du ministère de l'économie et des finances, qui reste de loin le premier demandeur, continue à décliner (29 % au lieu de 31 % et 34 % les années précédentes). Il en va de même pour le ministère

de l'équipement (16 ,5 % au lieu de 19 % les deux années précédentes), et pour le ministère de l'intérieur (6,6 % contre 9,6 % et 8,2 %).

En revanche, on observe une forte augmentation de la part et du nombre des demandes du ministère de l'éducation nationale (10 % contre 4,4 % et 3,1 %) et de celui de l'industrie (8,6 % contre 5,6 % les deux années précédentes).

Les autres évolutions sont moins significatives, portant sur des effectifs faibles : notons toutefois la découverte de la commission par l'Agence nationale pour l'emploi qui n'avait présenté aucune demande jusqu'alors et représente en 1998 3,8 % des dossiers. Il en va de même pour l'Institut national de recherche en informatique et en automatisme, dont les demandes, présentées pour la première fois en 1998, atteignent 1,1 %, ainsi que le Centre national de la cinématographie avec 0,86 %.

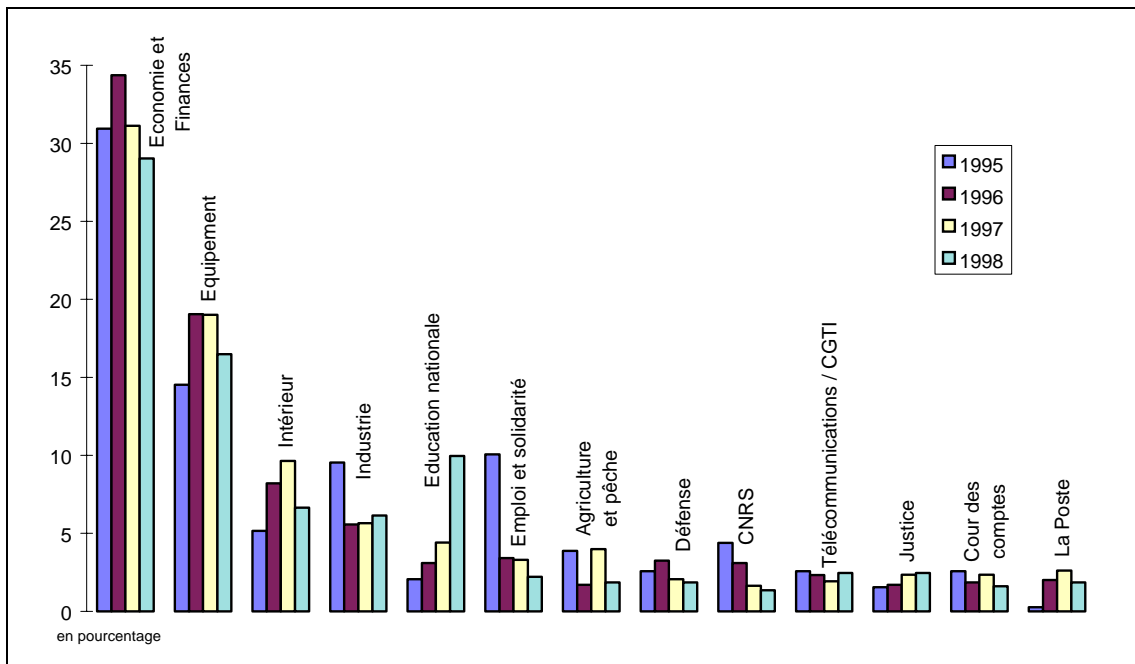
Comme les années précédentes, on ne peut que constater que ces pourcentages sont sans rapport avec les effectifs des administrations concernées. S'il est toujours clair que les entreprises recherchent surtout des financiers, des ingénieurs et des techniciens, il reste vraisemblable que certaines administrations où la gestion du personnel est très déconcentrée ne saisissent pas la commission systématiquement. La progression du nombre de saisines émanant de l'éducation nationale est largement due à la prise de conscience par un plus grand nombre d'académies de l'existence de la commission.

Il faut aussi noter que plusieurs administrations, et notamment des établissements publics administratifs, continuent à ignorer l'existence du décret du 17 février 1995 et celle de la commission.

Tableau 2 - Répartition des avis par administration - Évolution

	1995	1996	1997	1998	Moyenne
Économie et Finances	30,93	34,37	31,13	29,03	31,25
Équipement	14,53	19,04	19,01	16,48	17,53
Intérieur	5,15	8,20	9,64	6,64	7,66
Industrie	9,54	5,57	5,65	6,15	6,37
Éducation nationale	2,06	3,10	4,41	9,96	5,48
Emploi et solidarité	10,05	3,41	3,31	2,21	4,00
Agriculture et pêche	3,87	1,70	3,99	1,85	2,72
Défense	2,58	3,25	2,07	1,85	2,37
CNRS	4,38	3,10	1,65	1,35	2,33
Télécommunications / Conseil Général des Technologies de l'Information	2,58	2,32	1,93	2,46	2,29
Justice	1,55	1,70	2,34	2,46	2,10
Cour des comptes	2,58	1,86	2,34	1,60	2,02
La Poste	0,26	2,01	2,62	1,85	1,87
Caisse des dépôts et consignations	1,80	1,70	0,96	1,23	1,36
Agence nationale pour l'emploi	0,00	0,00	0,00	3,81	1,20
Conseil d'Etat	0,26	1,55	1,52	0,74	1,09
Météo France	0,52	1,24	1,38	0,62	0,97
Jeunesse et sports	0,77	0,46	1,10	1,11	0,89
Commission des opérations de bourse	0,52	0,93	0,69	0,98	0,82
Agence du médicament	0,77	0,93	0,96	0,37	0,74
Institut géographique national	1,29	0,31	0,28	1,11	0,70
Affaires étrangères	0,26	0,31	0,69	1,23	0,70
Office national des forêts	1,03	0,93	0,28	0,49	0,62
Premier Ministre	1,29	0,15	0,41	0,62	0,54
Culture	0,52	0,00	0,69	0,49	0,43
Institution nationale des invalides	0,00	1,08	0,28	0,12	0,39
Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique	0,00	0,00	0,00	1,11	0,35
Centre national de la cinématographie	0,00	0,00	0,00	0,86	0,27
CEMAGREF	0,00	0,00	0,28	0,37	0,19
Conseil supérieur de l'audiovisuel	0,26	0,15	0,00	0,25	0,16
Institut National de Recherche sur les Transports et leur Sécurité	0,00	0,00	0,14	0,37	0,16
Anciens combattants	0,26	0,15	0,00	0,00	0,08
Préfecture de police	0,26	0,15	0,00	0,00	0,08
Autorité de régulation des télécommunications	0,00	0,00	0,28	0,00	0,08
Centre national d'études spatiales	0,00	0,15	0,00	0,00	0,04
Petites et moyennes entreprises	0,00	0,15	0,00	0,00	0,04
Office National Interprofessionnel des Céréales	0,00	0,00	0,00	0,12	0,04
Office français de protection des réfugiés et apatrides	0,00	0,00	0,00	0,12	0,04
Coopération	0,26	0,00	0,00	0,00	0,04
Total	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %





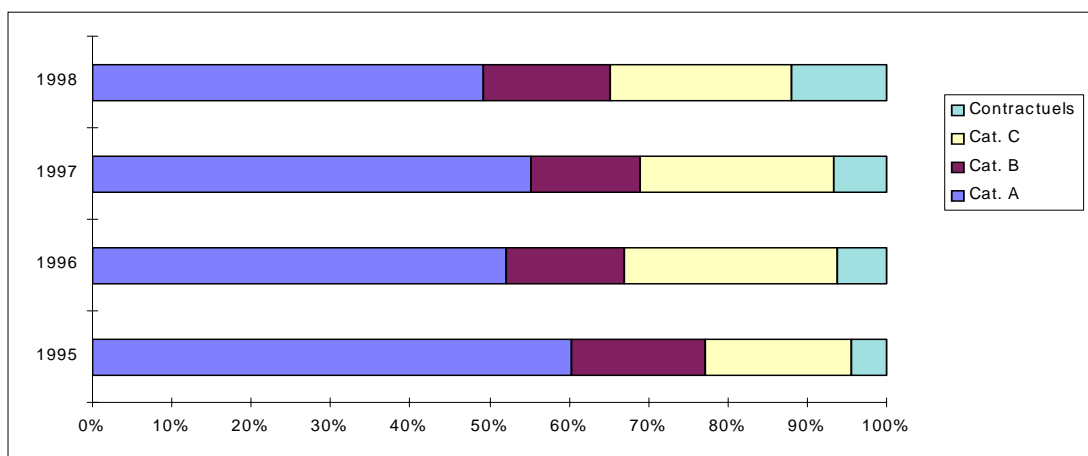
**1.3.2. L'analyse de la répartition des avis et des saisines par catégorie d'agents** conduit d'abord à observer un quasi doublement de la proportion des contractuels (de 6,6 % à 12 %). La proportion de la catégorie A diminue avec 49,3 % contre 55,2 %, celle des B augmente (15,8 % contre 13,6 %) et celle des C diminue (22,6 % contre 24,5 %).

Si ces dernières variations ne revêtent probablement aucune signification, l'augmentation du nombre des contractuels témoigne certainement d'une prise de conscience tardive de la compétence de la commission à leur égard, mais aussi peut-être d'une reprise du marché du travail.

On ne peut pas exclure que la forte domination de la catégorie A dans les saisines de la commission ne reflète pas exactement la proportion réelle de chaque catégorie de fonctionnaires dans les départs vers le secteur privé. Il est en effet probable que certaines administrations s'abstiennent de consulter la commission pour les fonctionnaires de catégorie B ou surtout C, dont les départs ne leur semblent soulever aucune difficulté. Cette tendance, contraire aux textes, risque d'être confortée par le très faible nombre d'avis d'incompatibilité rendus par la commission pour des agents de catégorie C en 1996 (0,57 %) et l'absence totale de tels avis en 1997 et 1998 (malgré quelques avis d'incompatibilité en l'état cette dernière année).

Tableau 3 - Répartition des avis par catégorie d'agents - Évolution

	Catégorie A	Catégorie B	Catégorie C	Contractuels	Total
<b>1995</b>	60,31%	16,75%	18,56%	4,38%	100 %
<b>1996</b>	52,01%	14,86%	26,93%	6,19%	100 %
<b>1997</b>	55,23%	13,64%	24,52%	6,61%	100 %
<b>1998</b>	49,32%	15,87%	22,76%	12,05%	100 %
<b>Moyenne</b>	53,32%	15,12%	23,67%	7,89%	100 %



Cette répartition des avis par catégorie hiérarchique est à rapprocher de la répartition des effectifs réels des agents de la fonction publique de l'Etat au 31 décembre 1996.

Tableau 4 - Comparaison du nombre d'avis par rapport aux effectifs réels des agents de l'Etat

	Effectifs réels dans la fonction publique de l'Etat	Nombre de saisines de la commission en 1998	Nombre de saisines de la commission / effectifs réels (pour 10 000)
Catégorie A	724 292	401	5,54
Catégorie B	395 672	129	3,26
Catégorie C	508 648	185	3,64
Agents contractuels	185 137	98	5,29
Total	1 813 749	813	4,48

\* situation au 31 décembre 1996; source : rapport annuel de la Fonction publique de l'Etat mars 1997 - mars 1998

Ce rapprochement confirme l'hypothèse ci-dessus : les fonctionnaires de la catégorie A et les contractuels saisissent plus la commission. Mais il est certain que la

mobilité professionnelle de ces deux catégories est nettement supérieure à celles des catégories B et C. Il est normal que le nombre des saisines soit proportionnellement supérieur aux effectifs pour les contractuels, dont beaucoup n'ont pas la même vocation à faire toute leur carrière dans l'administration que les fonctionnaires.

**1.3.3.** Pour les fonctionnaires titulaires, **la répartition des avis par « corps »** permet de souligner les évolutions suivantes : les agents contractuels, encore qu'ils ne constituent pas un corps, deviennent les plus nombreux (12,05 %). La proportion des administrateurs civils décroît puisqu'ils ne représentent plus que 7,13 % des demandes et sont même devancés par les adjoints et agents administratifs (7,63 %).

Parmi les grands corps techniques, le corps des mines (3,94 % au lieu de 4,27 %) et celui des ponts et chaussées (3,81 % au lieu de 4,55 %) sont en légère baisse mais distancent toujours ceux des télécommunications (en hausse à 2,46 % au lieu de 1,79 %) et du génie rural, des eaux et des forêts (en forte baisse à 1,23 % au lieu de 2,48 %).

Les grands corps administratifs, à l'exception de l'inspection générale des finances (1,72 % au lieu de 1,65 %) sont en baisse : Conseil d'Etat (0,62 % au lieu de 1,52 %) et Cour des comptes (1,60 % au lieu de 2,34 %) de même que le corps préfectoral (0,74 % au lieu de 2,07 %). Sur des effectifs aussi faibles, ces évolutions n'ont probablement pas grand sens.

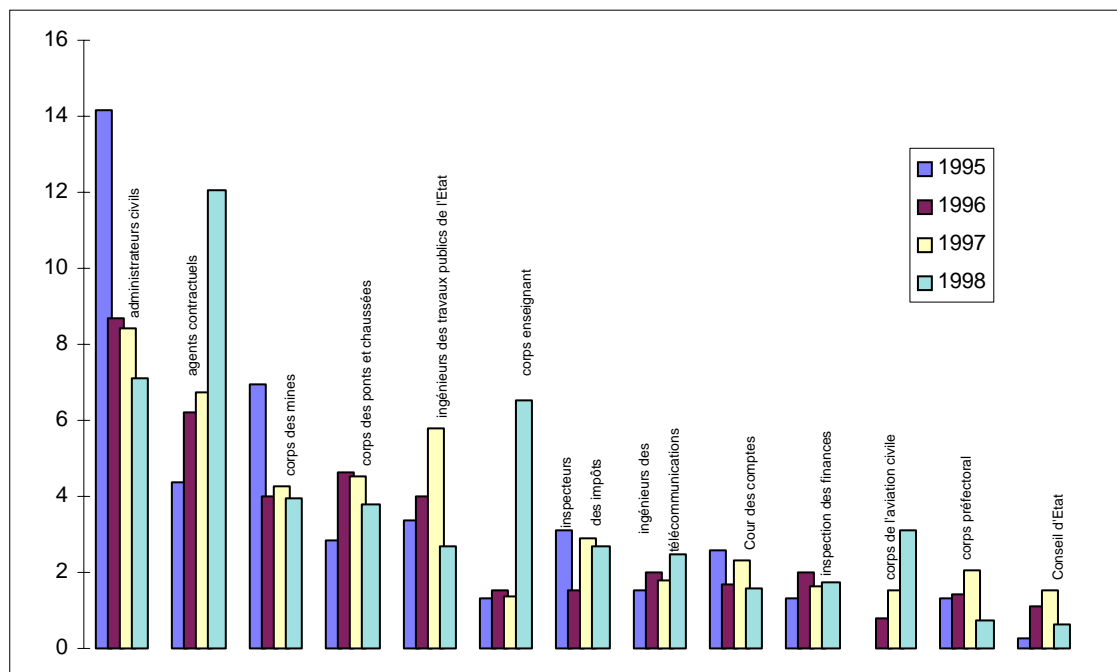
On peut en revanche noter un net retrait des ingénieurs des travaux publics de l'Etat (2,71 % au lieu de 5,79 %) et des agents de recouvrement du Trésor (2,83 % au lieu de 4,68 %), mais, en revanche, une brutale augmentation du corps enseignant (6,52 % contre 1,38 %) et de l'aviation civile (3,08 % au lieu de 1,51 %). Ces deux dernières progressions traduisent, pour la première, la prise de conscience de l'existence de la commission par un plus grand nombre d'académies (elles restent peu nombreuses) et, pour la seconde, le recrutement de pilotes par les compagnies aériennes parmi les agents de la navigation aérienne.

Les membres des cabinets ministériels, qui appartiennent à des corps divers, n'apparaissent pas en tant que tels dans le tableau ci-dessous, mais en l'absence de changement récent de gouvernement, ils ont été moins nombreux à s'orienter vers le secteur privé qu'au cours des années précédentes.

Tableau 5 - Répartition des avis par corps - Évolution \*

	1995	1996	1997	1998	Moyenne
administrateurs civils	14,18	8,67	8,40	7,13	8,94
agents contractuels	4,38	6,19	6,75	12,05	7,93
adjoints administratifs agents administratifs	6,19	9,13	6,61	7,63	7,54
corps des mines	6,96	4,02	4,27	3,94	4,55
corps des ponts et chaussées	2,84	4,64	4,55	3,81	4,08
ingénieurs des travaux publics de l'Etat	3,35	4,02	5,79	2,71	3,96
agents de recouvrement du Trésor	3,61	3,87	4,68	2,83	3,77
agents constatation ou assiette des impôts	3,09	4,18	3,17	2,09	3,07
corps enseignant	1,29	1,55	1,38	6,52	2,99
inspecteurs des impôts	3,09	1,55	2,89	2,71	2,45
ingénieurs des télécommunications	1,55	2,01	1,79	2,46	2,02
Cour des comptes	2,58	1,70	2,34	1,60	2,02
ingénieurs du génie rural, des eaux et des forêts	2,06	1,39	2,48	1,23	1,75
gardiens de la paix	0,25	1,86	2,20	1,97	1,75
inspection des finances	1,29	2,01	1,65	1,72	1,71
corps de l'aviation civile	0,00	0,77	1,51	3,08	1,59
corps préfectoral	1,29	1,40	2,07	0,74	1,32
contrôleur des impôts	2,32	0,77	1,10	1,11	1,20
Conseil d'Etat	0,26	1,08	1,52	0,62	1,05
contrôleur des travaux publics de l'Etat	0,77	1,08	1,10	0,98	1,01
autres	38,65	38,11	33,75	33,07	35,29
Total	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %

\* en pourcentage



## 1.4. RÉPARTITION DES AVIS

**1.4.1. L'analyse du sens des avis** rendus pas la commission en 1998 confirme l'évolution constatée en 1996 et 1997 par rapport aux débuts de l'activité de la commission.

Le nombre des avis d'incompétence reste faible (5,41 % contre 4,96 %) et une seule irrecevabilité a été opposée, comme l'année précédente. C'est probablement la marque d'une bonne connaissance des compétences de la commission par les services gestionnaires et les fonctionnaires.

Les avis d'incompatibilité en l'état du dossier doivent être nettement distingués de ceux qui se prononcent définitivement dans le sens de l'incompatibilité. Ils sont en général suivis d'une nouvelle demande assortie d'un dossier plus complet et dont l'examen, le plus souvent après audition de l'intéressé, peut donner lieu à un avis de compatibilité. Le nombre de tels avis est resté stable à 10.

En effet, malgré les efforts du secrétariat et des rapporteurs, les très brefs délais impartis tant à la commission qu'à l'administration ne donnent pas toujours à la commission la possibilité de disposer d'un dossier lui permettant de se forger une opinion.

Restent les avis déclarant les activités envisagées compatibles ou incompatibles avec les fonctions antérieures, auxquels s'ajoutent les avis qui, tout en déclarant la compatibilité, formulent une réserve sur les conditions d'exercice de la nouvelle activité.

En 1998, il y a eu 15 avis d'incompatibilité, soit 1,85 % des avis contre 1,38 %, 3,1 % et 5,67 % les années précédentes. Mais il faut surtout noter un doublement des avis de compatibilité sous réserve (87 contre 42 en 1997, soit 10,70 % contre 5,78 %).

Le rapport annuel 1997 relevait que sans cette pratique de la réserve, les avis d'incompatibilité auraient certainement été plus nombreux et auraient conduit les intéressés à présenter une nouvelle demande intégrant elle-même la réserve découlant de la motivation de l'avis d'incompatibilité.

En totalisant les avis d'incompatibilité et de compatibilité sous réserve, on arrive en 1998 à 12,55 % contre 7,16 % en 1997, 6,81 % en 1996 et 6,18 % en 1995.

Cela dit, comme l'indiquaient les rapports 1996 et 1997, un avis de compatibilité sous réserve est moins gênant pour l'agent intéressé qu'un avis d'incompatibilité, d'autant que certaines réserves sont peu contraignantes, voire se bornent, par précaution, à interdire des activités que l'intéressé n'envisage même pas d'exercer, du moins à la date où il présente sa demande. Mais cette constatation ne doit pas conduire à penser que la vigilance de la commission a eu tendance à se relâcher. Il est en effet clair que, grâce notamment à la diffusion des rapports annuels de la commission, certains fonctionnaires se sont abstenus de présenter des demandes vouées à l'échec ou en ont été fermement dissuadés par leur administration.

Non seulement, le contrôle de la commission ne semble pas être devenu moins strict, mais la technique de l'avis conditionnel a permis d'affiner davantage ce contrôle, voire de le renforcer, des réserves ayant été émises en 1998 par la commission dans des cas où, auparavant, elle n'avait pas cru devoir rendre un avis d'incompatibilité et avait rendu un avis de compatibilité pur et simple.

Tableau 6 - Répartition des avis par nature - Évolution \*

	1995	1996	1997	1998	moyenne
incompétence	16,75	6,97	4,96	5,41	7,38
irrecevabilité	0,77	0,46	0,14	0,12	0,31
compatibilité	75,52	84,98	86,36	80,69	82,59
compatibilité sous réserve	0,52	3,72	5,78	10,7	6,03
incompatibilité	5,67	3,10	1,38	1,85	2,60
incompatibilité en l'état	0,77	0,77	1,38	1,23	1,09
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

\* en pourcentage

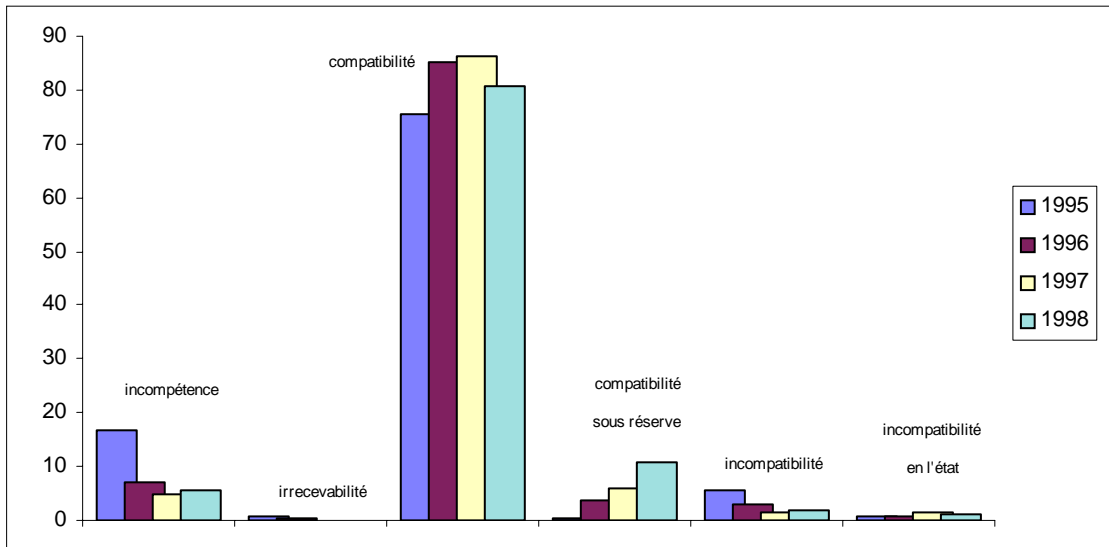
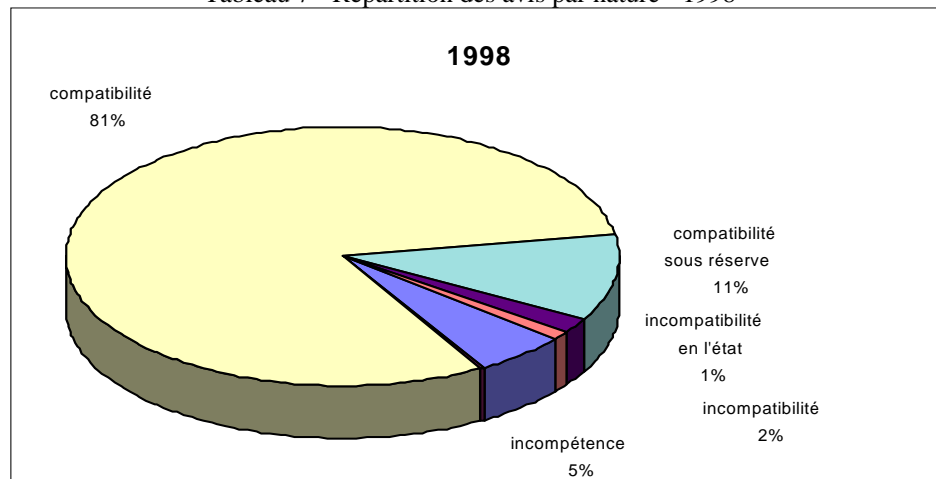


Tableau 7 - Répartition des avis par nature - 1998



#### 1.4.2. L'analyse des avis par ministère, par catégorie et par corps

confirme la concentration des problèmes dans deux ministères, comme les années précédentes : les agents du ministère de l'économie et des finances font l'objet de trois avis d'incompatibilité et de vingt-huit avis de compatibilité avec réserve ; ceux du ministère de l'équipement, de quatre et treize. Pour beaucoup de ces fonctionnaires, la réserve peut être qualifiée de « géographique », notamment pour les inspecteurs des impôts qui ne peuvent exercer dans une entreprise de leur secteur de contrôle. La sur-représentation de ces deux ministères s'explique par l'importance de leurs fonctions de contrôle et le nombre de marchés passés et surveillés par eux.

Tableau 8 - Répartition des avis par nature et par principale autorité de saisine - 1998

	Economie et Finances <sup>(1) (3) (4)</sup>	Equipement <sup>(3)</sup>	Education nationale <sup>(2)</sup>	Industrie <sup>(2)</sup>	Intérieur	Agence nationale pour l'emploi	Justice <sup>(3)</sup>	Emploi et solidarité	Défense	Agriculture et pêche	La Poste	Cour des comptes	Centre national de la recherche scientifique	Autres	Total
Incompétence	4	9	13	2	3	1	3	2	0	1	0	0	3	3	44
Irrecevabilité	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1
Compatibilité	201	106	67	66	42	22	16	13	11	12	13	9	7	71	656
Compatibilité sous réserve	28	13	1	0	6	7	1	0	2	1	2	4	1	21	87
Incompatibilité	3	4	0	2	1	1	0	1	0	1	0	0	0	2	15
Incompatibilité en l'état	0	2	0	0	2	0	0	2	2	0	0	0	0	2	10
<b>Total</b>	<b>236</b>	<b>134</b>	<b>81</b>	<b>70</b>	<b>54</b>	<b>31</b>	<b>20</b>	<b>18</b>	<b>15</b>	<b>15</b>	<b>15</b>	<b>13</b>	<b>11</b>	<b>100</b>	<b>813</b>
<b>Pourcentage</b>	<b>29,03</b>	<b>16,48</b>	<b>9,96</b>	<b>8,61</b>	<b>6,64</b>	<b>3,81</b>	<b>2,46</b>	<b>2,21</b>	<b>1,85</b>	<b>1,85</b>	<b>1,85</b>	<b>1,60</b>	<b>1,35</b>	<b>12,30</b>	<b>100,00</b>

(1) dont pour l'I.G.F.: 11 compatibilités et 3 compatibilité sous réserve

(2) dont pour le C.G.Mines : 31 compatibilités ; pour le CGTI : 18 compatibilités, 1 incompétence et 1 incompatibilité au titre du 1°)

(3) une même saisine a donné lieu à une décision comportant deux avis de nature différente, la demande portant en réalité sur deux activités distinctes

(4) deux dossiers de saisine ont donné lieu à un seul avis, les demandes portant en réalité sur une seule activité

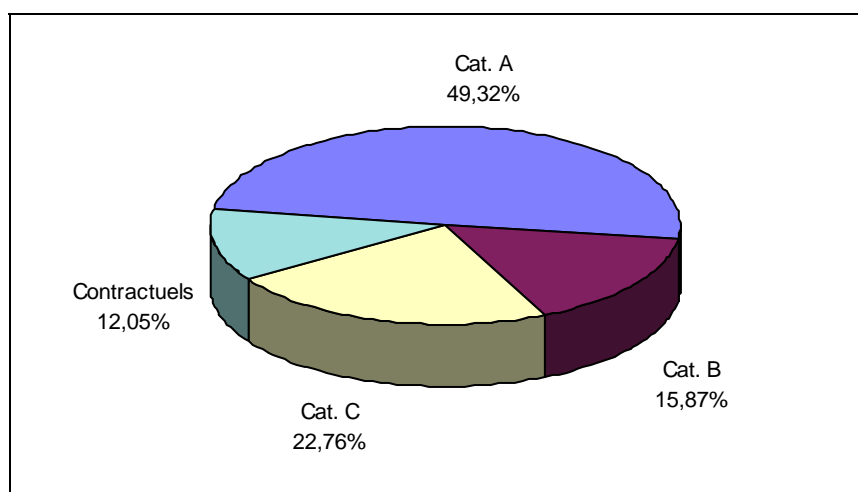
Si on examine la répartition des avis par catégorie d'agents, on ne peut que noter l'absence totale d'avis d'incompatibilité et les 5 compatibilités sous réserve pour les fonctionnaires de catégorie C, alors que les chiffres correspondants sont de 9 et 53 pour la catégorie A, de 3 et 6 pour les catégories B et de 3 et 23 pour les contractuels. La proportion d'avis défavorables ou conditionnels est donc d'environ 15,4 % pour les A, 7 % pour les B et 26,5 % pour les contractuels, ceux-ci faisant davantage l'objet de réserves, contre 2,7 % pour les C.

Comme le relevaient les rapports précédents, ces chiffres par catégorie sont plus significatifs que les chiffres globaux incluant la catégorie C pour apprécier l'efficacité du contrôle de la commission, tant il est vrai que le dispositif de contrôle institué en 1993 et 1994 visait essentiellement les hauts fonctionnaires. La commission, a cependant continué à se prononcer expressément sur les dossiers de toutes les catégories, alors qu'elle avait envisagé de recourir à la procédure de l'avis tacite pour les agents de catégorie C.



Tableau 9 - Répartition des avis par catégorie d'agents - 1998

	catégorie A	catégorie B	catégorie C	contractuels	Total
incompétence	15	12	8	9	44
irrecevabilité	1	0	0	0	1
compatibilité	319	107	168	62	656
compatibilité sous réserve	53	6	5	23	87
incompatibilité	9	3	0	3	15
incompatibilité en l'état	4	1	4	1	10
Total	401	129	185	98	813
Pourcentage	49,32	15,87	22,76	12,05	100,00



La répartition des avis par corps recoupe assez largement leur répartition par ministère. Comme les années précédentes, les inspecteurs des impôts font l'objet d'avis conditionnels nombreux (11). Mais ce sont surtout les contractuels qui se sont vu imposer de telles réserves (23), outre 3 incompatibilités pures et simples.

Mais on peut noter aussi 3 réserves pour l'inspection générale des finances, 4 pour la Cour des comptes et 4 pour le corps préfectoral.

Tableau 10 - Répartition des avis par nature et par corps - 1998

	Incompétence	Irrecevabilité	Compatibilité	Compatibilité sous réserve	Incompatibilité	Incompatibilité en l'état	Total
agents contractuels	9	0	62	23	3	1	98
adjoints administratifs agents administratifs	3	0	56	2	0	1	62
administrateurs civils	3	0	48	5	1	1	58
corps enseignant	7	0	46	0	0	0	53
corps des mines	0	0	32	0	0	0	32
corps des ponts et chaussées	0	0	30	1	0	0	31
corps de l'aviation civile	2	0	22	0	0	1	25
agents de recouvrement du Trésor	0	0	22	1	0	0	23
ingénieurs des travaux publics de l'Etat	0	0	18	4	0	0	22
inspecteurs des impôts	0	0	10	11	1	0	22
ingénieurs des télécommunications	1	0	18	0	1	0	20
agents de constatation ou d'assiette des impôts	0	0	17	0	0	0	17
gardiens de la paix	0	0	14	0	0	2	16
inspection des finances	0	0	11	3	0	0	14
Cour des comptes	0	0	9	4	0	0	13
ingénieurs du génie rural, des eaux et des forêts	1	0	8	1	0	0	10
contrôleurs des impôts	0	0	8	1	0	0	9
contrôleurs des travaux publics de l'Etat	0	0	3	3	2	0	8
police nationale (autres que les gardiens de la paix)	1	0	6	0	1	0	8
chefs de section TPE	1	0	5	0	1	0	7
corps préfectoral	0	0	2	4	0	0	6
Conseil d'Etat	0	0	4	1	0	0	5
inspecteurs des douanes	0	0	1	0	2	0	3
inspecteurs du travail	0	0	1	0	1	1	3
ingénieurs des travaux ruraux	0	0	1	0	1	0	2
autres	16	1	202	23	1	3	246
Total	44	1	656	87	15	10	813

## **1.5. SUITES DONNÉES AUX AVIS**

En application du paragraphe IV de l'article 11 du décret du 11 février 1995, les autorités gestionnaires des fonctionnaires et agents non titulaires de l'Etat dont les déclarations d'exercice d'activité privée ont été examinées, sont tenues d'informer la commission de la suite donnée à chacun de ses avis. Une circulaire du Premier ministre de la même date a prescrit aux directeurs du personnel de faire parvenir ce bilan à la commission avant le 15 février.

Ce n'est pourtant, comme les années précédentes, qu'au prix de nombreux rappels que la commission a pu obtenir l'ensemble de ces bilans. Encore lui manquait-il, à la date d'adoption de ce rapport (23 février 1999), les réponses du service de gestion des professeurs du ministère de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie, de la direction de l'administration générale, du personnel et du budget (secteur santé) du ministère de l'emploi et de la solidarité et de l'administration pénitentiaire du ministère de la justice.

Il ressort des indications enfin obtenues que les avis de la commission ont toujours été suivis, sauf une réserve non respectée par l'Agence du médicament, encore que, pour certaines administrations, il ne soit pas exclu que la réserve indiquée aux agents soit un peu différente de celle exprimée par la commission, tenue à l'application des textes.

On peut toutefois noter :

- que pour 20% des avis conditionnels, l'administration n'indique pas si la réserve a été notifiée à l'agent concerné (ministère des affaires étrangères, ministère de l'agriculture et de la pêche, ministère de la défense, CNRS, Inspection générale des finances, IGN, INRIA, La Poste) ;

- qu'en revanche, certains ministères, quand une réserve a été proposée par la commission, demandent à leurs agents de s'engager à la respecter (ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Conseil d'Etat) ;

- que le ministère de l'équipement, des transports et du logement a refusé une disponibilité à un agent qui avait obtenu un avis de compatibilité sous réserve ; le respect de la réserve lui a probablement paru difficile ;

- que le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie a fait de même pour un fonctionnaire refusant de prendre par écrit l'engagement de respecter la réserve ;

- que le même ministère a rapporté une décision de mise en disponibilité à la suite d'un avis d'incompatibilité ;

- que le ministère de l'agriculture et de la pêche a radié des cadres un agent à la suite d'un avis d'incompatibilité portant sur une activité qu'il exerçait déjà en disponibilité ;

- que, dans quatre cas (secrétariat général du Gouvernement, ministère de la défense, ministère de l'intérieur), l'administration n'a pas présenté un nouveau dossier à la suite d'un avis d'incompatibilité en l'état.

## **2. LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION**

## **2.1. COMPÉTENCE, RECEVABILITÉ ET PROCÉDURE**

### **2.1.1. COMPÉTENCE**

La commission a prononcé peu d'avis d'incompétence, notamment parce que les administrations et les intéressés ont compris qu'il n'y avait pas lieu de la saisir à nouveau en cas de renouvellement de disponibilité ou même de changement de position statutaire (par exemple, passage de la disponibilité à la radiation des cadres, *avis n° 98.A00484 du 6 août 1998*) sans changement réel de situation professionnelle.

En revanche, elle a prononcé plusieurs avis d'incompétence lorsque les fonctions envisagées ne lui paraissaient pas présenter le caractère d'une activité privée au sens de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 renvoyant à l'article 72 de la loi du 11 janvier 1984. N'ont ainsi pas été regardées comme des activités privées et ne relevant donc pas de la compétence de la commission l'activité d'enseignant formateur au centre de formation d'apprentis de la chambre de commerce et d'industrie de Paris (*avis n° 98.A0252 du 23 avril 1998*), une activité au sein de la Banque de France (*avis n° 98.A0436 16 juillet 1998*), des fonctions auprès de la caisse nationale d'assurance-maladie des travailleurs salariés, établissement public de l'Etat (*avis n° 98.A0492 du 6 août 1998*), des fonctions dans une chambre régionale des métiers ou une chambre de commerce et d'industrie (*avis n° 98.A0679 du 29 octobre 1998* et *avis n° 98.A0252 du 23 avril 1998*).

La même solution d'incompétence a été retenue pour des départs vers certains établissements publics à caractère pourtant industriel et commercial mais qui n'exercent pas leur activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé et ne peuvent donc être assimilés à des entreprises privées en application du dernier alinéa du I de l'article 1er du décret du 17 février 1995. C'est le cas de Voies navigables de France (*avis n° 98.A0732 du 19 novembre 1998*) et du CIRAD, Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement (*avis n° 98.A0735 du 19 novembre 1998*), notamment en raison de l'importance des subventions publiques dans leurs ressources, et, pour l'un d'eux, de l'existence de prérogatives de puissance publique.

Des fonctions auprès d'un groupe parlementaire à l'Assemblée nationale, et non d'un parti politique, ont entraîné également un avis d'incompétence, un groupe parlementaire étant regardé comme un organisme public (*avis n° 98.A0784 du 10 décembre 1998*).

La commission a aussi rappelé que les activités même privées ne relevaient pas de sa compétence lorsqu'elles étaient exercées à titre bénévole, dans la mesure toutefois où il s'agit d'un réel bénévolat (*avis n° 98.A0013 du 8 janvier 1998*).

La commission a eu plusieurs fois l'occasion d'appliquer l'article 15 du décret du 17 février 1995 qui dispose que ce décret ne s'applique pas à la création d'oeuvres scientifiques, littéraires et artistiques, tout en maintenant une interprétation stricte de cette disposition dérogatoire : elle s'est ainsi déclarée incompétente pour un futur photographe (*avis n° 98.A0014 du 8 janvier 1998*), un futur sculpteur (*avis n° 98.A0013 du 8 janvier 1998*) et un auteur-illustrateur d'ouvrages destinés à la jeunesse (*avis n° 98.A0251 du 23 avril 1998*). Elle a nuancé sa position en cas de pluralité d'activités : incompétence pour un futur sculpteur en céramique, mais avis favorable pour son activité annexe d'enseignement (*avis n° 98.A0185 du 12 mars 1998*).

Elle a eu à plusieurs reprises à s'interroger sur les conséquences à tirer de fusion ou d'absorption d'entreprises postérieurement à un départ vers le privé.

En principe, la fusion de l'entreprise qu'a rejointe antérieurement le fonctionnaire avec une entreprise qu'il a contrôlée, ou une absorption dans un sens ou dans l'autre, sont sans influence sur la compatibilité du maintien en activité de l'agent avec ses fonctions antérieures (*avis n° 98.A0531 du 8 octobre 1998*).

En l'absence de changement d'activité de l'intéressé, une fusion ou une absorption n'entraîne pas d'intervention de la commission, qui se déclare incompétente si elle est saisie; il en a été ainsi pour un officier mécanicien dans une compagnie aérienne qui souhaitait exercer les mêmes fonctions dans une autre compagnie aérienne ayant absorbé la première (*avis n° 98.A0007 du 8 janvier 1998*). De même, pour un dirigeant de banque continuant à exercer des fonctions voisines malgré un changement de dénomination après absorption de sa banque par une autre, la commission s'est déclarée incompétente (*avis n° 98.A0582 du 27 août 1998*).

On ne peut cependant pas tirer de règle générale des cas précités : il peut arriver qu'une fusion entraîne un changement d'activité, même sans nouvelle dénomination, ou soit effectuée dans des conditions telles qu'elle puisse conduire à constater une incompatibilité avec les fonctions administratives précédemment exercées. Dans le doute, on ne peut donc qu'encourager les administrations et les agents concernés à saisir la commission, quitte à provoquer un avis d'incompétence de celle-ci.

Enfin, la commission a décliné sa compétence, conformément à l'article 12-I du décret de 1995, au motif qu'un agent contractuel n'était pas employé de manière continue depuis plus d'un an (*avis n° 98.A0093 du 19 février 1998*).

Dans certains cas où il était permis d'hésiter, la commission s'est reconnue compétente : pour un agent souhaitant corriger des copies de concours d'entrée à H.E.C., service de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, elle-même établissement public à caractère administratif; l'agent a été regardé, non comme un salarié de la CCI, mais comme exerçant une activité indépendante de prestataire de services (*avis n° 98.A0241 du 23 avril 1998*) ; pour un musicien exerçant au sein d'un orchestre (*avis n° 98.A0294 du 23 avril 1998*) ; pour un fonctionnaire demandant à être placé en disponibilité sous le régime des conventions collectives, pour rejoindre les services financiers de La Poste, lesquels interviennent dans un secteur concurrentiel (*avis n° 98.A0785 du 10 décembre 1998*).

On retrouvera plus loin, dans la section « fonctions administratives avec lesquelles l'activité privée peut être incompatible », la difficile question de frontière entre le « privé » et le « public » au sens des textes que la commission doit appliquer.

### **2.1.2. RECEVABILITE**

L'avis de la commission étant, en vertu du V de l'article 11 du décret, nécessairement suivi dans le délai d'un mois d'une décision implicite ou explicite de l'autorité dont dépend le fonctionnaire, la commission a estimé impossible de procéder, avant intervention de cette décision, à un nouvel examen des affaires sur lesquelles elle a déjà émis un avis ; ce nouvel examen n'est, par ailleurs, pas possible lorsque la décision a été prise ; l'agent dont la demande a fait l'objet d'un avis défavorable conserve, bien sûr, la possibilité de présenter une nouvelle demande à la commission concernant une activité privée différente, mais 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. Cette irrecevabilité des recours gracieux doit inciter agents et administrations à fournir dès la première demande à la commission toutes les informations utiles à son appréciation, de préférence dans le dossier et, éventuellement, en séance.

C'est ainsi que, saisie de nouveau du dossier d'un agent du ministère des affaires étrangères pour lequel elle avait rendu un précédent avis d'incompatibilité en raison d'un avis donné sur un contrat alors qu'il exerçait des fonctions en cabinet ministériel (*avis n° 97.A0725 du 18 décembre 1997*), la commission a considéré qu'en l'absence d'élément nouveau la demande de l'intéressé n'était pas recevable (*avis n° 98.A0629 du 8 octobre 1998*).

La rigueur apparente de cette jurisprudence est atténuée par la pratique de l'incompatibilité en l'état, que l'on examinera ci-dessous.

### **2.1.3. PROCEDURE**

Comme il a été indiqué au chapitre précédent, la commission n'a, pas plus qu'au cours des années précédentes et contrairement à ses homologues de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière, eu recours à la procédure de l'avis favorable tacite prévue par le III de l'article 11 du décret du 17 février 1995.

Ce délai d'un mois, très bref pour une commission composée de membres et assistée de rapporteurs dont ce n'est pas - et de loin - l'activité principale, joint à un délai d'instruction encore plus bref (15 jours) pour l'administration, même si ce dernier n'est pas toujours respecté, a plusieurs fois conduit la commission à prononcer une



« incompatibilité en l'état ». Dès lors, en effet, que la commission a déclaré irrecevables les recours gracieux contre ses avis (*avis n° 98.629 du 8 octobre 1998*), elle a préféré permettre aux intéressés ou à leur administration de présenter un dossier plus complet, lui permettant d'émettre un avis « définitif » plus éclairé.

Tout en ne mésestimant pas les difficultés rencontrées par les administrations de gestion, notamment celles dont les ministres ont largement déconcentré la gestion de leur personnel, la commission ne peut que regretter les insuffisances dans la présentation de nombreux dossiers, qui rend souvent ardue voire aléatoire la tâche de ses rapporteurs : il existe encore trop de dossiers ne comportant aucun avis de l'administration sur la compatibilité des fonctions envisagées. Heureusement cette absence d'avis n'est plus une position de principe de la direction du personnel du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, mais il faut bien constater que, bien souvent, l'avis de cette administration n'est communiqué qu'en séance. Il faut reconnaître que le rattachement de la gestion du personnel de l'ex-ministère de l'industrie à cette administration ne va pas lui faciliter la tâche.

De même, la description des fonctions administratives des intéressés est souvent sommaire, ainsi que celle des fonctions futures en entreprise et des caractéristiques de l'entreprise (notamment ses rapports avec une éventuelle maison-mère ou des filiales).

Il appartient à l'administration de rappeler aux intéressés qu'ils doivent fournir tous les documents utiles à la commission : statuts de l'entreprise, appartenance à un groupe, définition des fonctions, correspondant que le rapporteur peut appeler dans l'entreprise, etc... .

Il appartient également à l'administration d'indiquer à la commission un correspondant en son sein qui soit facilement joignable par le rapporteur et de prévenir les agents présentant une demande de départ qu'ils doivent se tenir à la disposition (au moins téléphonique) du rapporteur de la commission et envisager d'être convoqués par celle-ci, ce qu'un voyage lointain peut rendre difficile ou coûteux...

Les membres de la commission souhaitent également qu'un curriculum vitae couvrant l'ensemble de la carrière de l'intéressé soit joint au dossier et que, dans le cas où l'agent est éloigné de son administration gestionnaire (détachement, ...), le représentant de celle-ci joigne au dossier un avis circonstancié de « l'administration d'accueil », et, dans les cas sensibles, se fasse accompagner, lors de la séance, d'un représentant de cette administration : pour les ministères importants, il peut être en effet difficile de répondre aux questions sur la réalité des fonctions exercées par leurs agents « éloignés ». C'est ainsi que la présence de dirigeants du Centre national de la cinématographie, de la Commission des opérations de bourse, etc. ... aux côtés du représentant du ministère gestionnaire a été plusieurs fois bien utile à la commission. Dans certains cas, cette absence pourrait même conduire la commission à prononcer une « incompatibilité en l'état », faute d'information suffisante sur les responsabilités réelles de l'intéressé ou les risques que ses futures fonctions pourraient faire courir au service.

Par ailleurs, la commission a développé la formule des avis conditionnels, inaugurée en 1996. Elle a rendu ainsi 87 avis de compatibilité sous réserve, contre 42 en 1997 et 24 en 1996, soit que l'agent intéressé prenne les devants en s'engageant à limiter géographiquement ou matériellement ses activités, soit qu'elle estime elle-même devoir imposer à l'agent de respecter de telles conditions.

## **2.2. APPRÉCIATION DE LA COMPATIBILITÉ**

### **2.2.1. PERIODE DE REFERENCE**

La commission ne peut que répéter les observations présentées dans le rapport précédent, en l'absence de toute modification des textes.

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 de fonctions ou la mise en disponibilité. Comme antérieurement, la commission a ainsi été amenée à remonter parfois très loin dans le temps pour examiner les fonctions administratives exercées cinq ans avant une mise en disponibilité initiale pouvant dater d'une dizaine d'années. Cet examen, dont le caractère assez irréaliste ou artificiel ne lui échappe pas, est cependant imposé à la commission par la rédaction actuelle du texte.

Pour ne pas créer d'inégalités, la commission a en outre cru devoir apprécier la position des intéressés avec réalisme, c'est-à-dire qu'elle est remontée cinq ans avant la mise en disponibilité initiale, même si l'intéressé avait réintégré le service, dès lors que c'était brièvement et sans réelles responsabilités.

Enfin, la commission a continué à appliquer une jurisprudence adoptée l'année précédente à de nombreuses reprises : elle a estimé que l'application du II de l'article 1er du décret dans les cas de cessation définitive de fonctions excluait du champ des incompatibilités, tant au titre du 1° que du 2°, les agents qui n'ont exercé aucune fonction administrative pendant les cinq années précédant la date de la radiation des cadres. Toutefois, la commission continue à ne pas penser pouvoir se déclarer incompétente dans ces nombreux cas, dès lors que les articles 2 et 3 du même décret rendent sa saisine obligatoire lorsqu'un agent souhaite exercer une activité dans le secteur privé pendant un délai de cinq ans à compter de sa radiation des cadres.

On ne peut que constater l'existence de trois délais de cinq ans différents :

- celui du 1° du I de l'article 1er : cinq années avant le départ de la fonction publique, il ne faut avoir ni surveillé ou contrôlé l'entreprise dans laquelle le fonctionnaire souhaite partir ou toute autre entreprise ayant avec elle les liens définis au 1° du I du texte précité, ni passé des marchés ou contrats avec l'une de ces entreprises, ni donné des avis sur ces mêmes marchés ou contrats ;

- celui du II du même article : en cas de cessation définitive d'activité, l'interdiction court pendant cinq ans à compter de la cessation des fonctions qui la justifient ; mais en cas de disponibilité, elle subsiste pendant toute la durée de disponibilité ;

- celui de l'article 2 : l'intéressé est obligé de déclarer à l'administration et celle-ci est obligée de saisir la commission lorsqu'il y a changement ou commencement d'activité pendant les cinq ans suivant la cessation définitive des fonctions.

C'est ainsi, par exemple, que la commission, saisie de la demande d'un architecte urbaniste en chef de l'Etat qui, après son départ à la retraite, souhaitait exercer l'activité libérale d'architecte, a constaté qu'en l'application du II de l'article 1er, aucune interdiction ne pouvait être opposée à l'intéressé. En effet, les seules fonctions administratives qui auraient pu motiver une incompatibilité, à savoir celles d'architecte des bâtiments de France, avaient été exercées plus de cinq ans avant la date à laquelle l'intéressé envisageait d'exercer une activité privée (*avis n° 98.A0056 du 29 janvier 1998*).

C'est ainsi également qu'à l'occasion de l'examen du dossier d'un fonctionnaire admis à la retraite depuis 1995 et qui souhaitait débiter une activité privée en janvier 1998, la commission a précisé sur quelle période de référence devait porter son contrôle : dans le cas d'une cessation définitive des fonctions, le II de l'article 1er du décret limite l'interdiction aux cinq années suivant la date de cessation des fonctions justifiant l'interdiction ; en conséquence, seules les fonctions exercées par l'intéressé pendant les cinq années précédant le début d'exercice de l'activité privée envisagée peuvent fonder une incompatibilité et il est inutile de faire porter l'examen sur une période plus longue. Par conséquent, lorsque la date de début d'exercice de l'activité privée est postérieure à la date de radiation des cadres, le contrôle ne porte que sur les cinq années précédant le début de l'exercice de l'activité privée (*avis n° 98.A0175 du 12 mars 1998*).

Il en a été de même pour un fonctionnaire admis à la retraite quatre ans avant le début de l'activité privée envisagée : la commission, n'a fait porter son contrôle que sur l'année précédant sa cessation définitive de fonctions (*avis n° 98.A0642 du 8 octobre 1998*), étant entendu que l'intéressé n'avait pas exercé d'activités administratives postérieurement à sa retraite, lesquelles auraient dû entraîner elles aussi un contrôle de compatibilité.

## **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 un agent souhaite aller travailler est une entreprise au sens du 1° du I de l'article 1er du décret du 17

février 1995 s'est posée très souvent. Pour la résoudre, la commission tient compte, moins du statut juridique de l'organisme, que de son activité économique, et notamment de son appartenance au secteur marchand et concurrentiel.

C'est ainsi qu'une association peut être regardée comme une entreprise lorsqu'elle a une activité économique et notamment qu'elle effectue des prestations à titre onéreux au profit de tiers.

Cette année, la commission a ainsi considéré comme entreprises privées de nombreuses associations offrant des services de formation sur un marché concurrentiel, par exemple : l'association pour la formation professionnelle des adultes, A.F.P.A (*avis n° 98.A0248 du 23 avril 1998*), un centre d'aide par le travail géré par l'association pour la promotion sociale des aveugles et autres handicapés (*avis n° 98.A0218 du 2 avril 1998*), l'association de protection sociale du bâtiment et des travaux publics (*avis n° 98.A0228 du 2 avril 1998*), le Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie, CREDOC (*avis n° 98.A0611 du 8 octobre 1998*), la Croix-Rouge (*avis n° 98.A0613 du 8 octobre 1998* conforme au précédent *avis n° 97.A00606 du 13 novembre 1997*), une association sportive non professionnelle mais disposant de recettes de billetterie et d'un club-house (*avis n° 98.A0700 du 29 octobre 1998*), ainsi qu'une association sportive locale de karaté (*avis n° 98.A0205 du 2 avril 1998*), une association d'insertion professionnelle si et seulement si elle a pour objet de vendre des services (*avis n° 98.A0720 du 19 novembre 1998*), l'association « langages et découvertes », qui a pour objet l'apprentissage précoce des langues vivantes (*avis n° 98.A0798 du 21 décembre 1998*), et aussi la Mutuelle du Trésor, en concurrence avec d'autres mutuelles (*avis n° 98.A0422 du 25 juin 1998*).

En revanche, n'ont pas été regardées comme des entreprises privées : des fédérations professionnelles, compte tenu de leur activité et de leur mode de financement, comme l'Union nationale de la propriété immobilière, UNPI, (*avis n° 98.A0258 du 23 avril 1998*), ou la Chambre syndicale des sociétés anonymes de crédit immobilier (*avis n° 98.A0337 du 14 mai 1998*), l'Union des industries du bois (*avis n° 98.A0473 du 6 août 1998*), la Fédération des industries mécaniques (*avis n° 98.A0514 du 6 août 1998*), le Syndicat national des associations de parents d'enfants inadaptés, régi par la loi de 1884 (*avis n° 98.A0302 du 14 mai 1998*); une association dont l'objet est de promouvoir l'étude des questions politiques, économiques et sociales liées à la coopération européenne et dont une très faible part des activités sont liées à des prestations rémunérées par le secteur privé (*avis n° 98.A0365 du 4 juin 1998*) ; l'Agence de développement économique de la Nouvelle-Calédonie (*avis n° 98.A0777 du 10 décembre 1998*), compte tenu notamment de son statut associatif, de ses missions, de sa composition et de son mode de financement.

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

La commission continue à estimer que 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 : un fonctionnaire exerçant ses fonctions dans un organisme privé, bien qu'en position de détachement (*avis n° 98.A0123 du 19 février 1998*) ; un fonctionnaire exerçant des fonctions au sein d'une filiale de France-Télécom (*avis n° 98.A0213 du 2 avril 1998 et avis n° 98.A0364 du 4 juin 1998*) ; un fonctionnaire détaché auprès de l'Union nationale des fédérations d'organismes d'H.L.M. (*avis n° 98.A0329 du 14 mai 1998*) ; un fonctionnaire de la Caisse des dépôts et consignations mis à la disposition de la Caisse nationale de prévoyance (*avis n° 98.A0534 du 27 août 1998*) ou de CDC participations (*avis n° 98.A0625 du 8 octobre 1998*) ; un agent de l'Institut géographique national exerçant ses fonctions dans une filiale de cet établissement public, I.G.N.-France international (*avis n° 98.A0621 du 8 octobre 1998*) ; le directeur-adjoint des services financiers du Commissariat à l'énergie atomique (*avis n° 98.A0662 du 29 octobre 1998*).

De même, pour des fonctionnaires exerçant leur activité auprès d'organismes internationaux divers, la commission a estimé que les fonctions exercées hors de l'administration française ne peuvent pas entraîner une incompatibilité en application du décret du 17 janvier 1995, ainsi pour des fonctions exercées au sein de la Commission européenne (*avis n° 98.A0483 du 6 août 1998* pour un fonctionnaire détaché, *avis n° 98.A0518 du 6 août 1998* pour un agent mis à disposition), à la Banque européenne pour la reconstruction et le développement BERD (*avis n° 98.A0513 du 6 août 1998*), au Parlement européen (*avis n° 98.A0664 du 29 octobre 1998*).

N'ont pas non plus été regardées comme des fonctions administratives : l'accomplissement du service national, même sous une forme non militaire (*avis n° 98.A0576 du 17 septembre 1998*) ; des stages effectués en cours de scolarité, même dans l'administration (*avis n° 98.A0578 et avis n° 98.A0583 du 17 septembre 1998*).

Mais la frontière est souvent difficile à tracer et la commission a dû procéder à une analyse au cas par cas et donner des solutions différentes à des problèmes apparemment voisins, parfois même s'agissant du même organisme.

C'est ainsi que, malgré la jurisprudence générale rappelée ci-dessus qui ne retient que les fonctions exercées dans l'administration française, elle a considéré que des fonctions exercées pour le compte d'un gouvernement étranger étaient administratives dès lors que le fonctionnaire conservait un lien très fort avec son service. Il a ainsi semblé à la commission qu'il n'était pas inopportun pour la réputation de la fonction publique française de montrer aux gouvernements étrangers à la disposition desquels des agents français sont placés dans le cadre de la politique de coopération que ceux-ci sont soumis à un contrôle de déontologie (*avis n° 98.A0080 du 29 janvier 1998*).

De même, un fonctionnaire travaillant à France Télécom, et non dans une de ses filiales, a été considéré comme exerçant des fonctions administratives, malgré le changement de statut de France Télécom, qui reste chargée d'une mission de service public (*avis n° 98.A0084 du 29 janvier 1998*) et ce, même si ses fonctions peuvent s'apparenter à des activités privées (*avis n° 98.A0364 du 4 juin 1998*) ; cependant, la commission a précisé sa position : si elle continue à contrôler, au titre du 2° du décret, que l'activité envisagée n'est pas de nature à porter atteinte ou à risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service public dont, on l'a dit, France Télécom reste chargée (*avis n° 98.A0544 et avis n° 98.A0545 du 27 août 1998*), en revanche le contrôle au titre du 1° ne s'exerce que par rapport aux fonctions exercées à France Télécom avant le 1er janvier 1998, date du changement de statut (*avis n° 98.A0544 du 27 août 1998*).

La commission continue toutefois à estimer qu'un fonctionnaire en position d'activité à La Poste, même dans un secteur concurrentiel, doit être regardé comme exerçant des fonctions administratives et donc être soumis au contrôle exercé au titre tant du 1° que du 2° du décret, La Poste n'ayant pas connu le même changement de statut que France Télécom.

Ont été également considérées comme administratives des fonctions exercées : par un fonctionnaire quittant la Banque de France où il était détaché (*avis n° 98.A0416 du 25 juin 1998*), ce qui est d'ailleurs conforme, par symétrie, à un avis pour lequel la commission s'était déclarée incompétente pour examiner le cas d'un fonctionnaire partant en disponibilité à la Banque de France (*avis n° 97.A0048 du 23 janvier 1997*) ; par un fonctionnaire mis à disposition de la Mutuelle centrale des finances, même si celle-ci est un organisme privé (*avis n° 98.A0468 du 16 juillet 1998*) et même si elle a considéré la Mutuelle du trésor comme une entreprise privée (*avis n° 98.A0422 du 25 juin 1998*) ; par le président d'Électricité de France (*avis n° 98.A0571 du 17 septembre 1998*), bien qu'en règle générale les fonctions exercées dans cette entreprise publique du secteur concurrentiel exerçant son activité selon les règles du droit privé soient considérées par la commission comme des activités privées (*avis n° 97.A0245 du 7 mai 1997*) ; par le Président de la Cité des sciences et de l'industrie, pourtant également établissement public industriel et commercial (*avis n° 98.A0213 du 2 avril 1998*) ; par des fonctionnaires travaillant pour le Comité français d'organisation de la coupe du monde de football 1998 (*avis n° 98.A0586 du 17 septembre 1998*) ou pour le Comité national olympique français (*avis n° 98.A0806 du 21 décembre 1998*), alors que les fonctions exercées par ce même fonctionnaire pour le Comité d'organisation des jeux méditerranéens, qui n'a pas de mission de service public, n'ont pas été regardées comme administratives (même avis) ; par un agent exerçant ses fonctions au sein du Syndicat intercommunal de l'Opéra national du Rhin, établissement public administratif (*avis n° 98.A0701 du 29 octobre 1998*), par opposition à l'Opéra national de Paris, qui est un établissement public, industriel et commercial (*avis n° 97.A0382 du 9 juillet 1997*).

Mais la catégorie juridique de l'établissement ne suffit pas toujours, on l'a vu pour les Présidents d'E.D.F. et de la Cité des sciences. La question est souvent si délicate qu'elle a pu amener la commission à opérer des revirements de jurisprudence. Ainsi, des fonctions exercées à l'Agence foncière et technique de la région parisienne ont été qualifiées d'administratives en raison des prérogatives de puissance publique attribuées, notamment en matière d'expropriation, à cet aménageur public

(avis n° 98.A0734 du 19 novembre 1998), et ce contrairement à la position adoptée précédemment (avis n° 95.A0382 du 21 décembre 1995 et avis n° 96.A0273 du 6 juin 1996), mais dans la continuité de la position adoptée pour l'Établissement foncier du Nord-Pas-de-Calais (avis n° 96.A0299 du 27 juin 1996), ou un autre établissement public d'aménagement (avis n° 97.A0664 du 4 décembre 1997).

Enfin, même exercées en position de disponibilité, après la retraite ou en position de congé spécial, des fonctions administratives conservent ce caractère et entraînent la compétence de la commission : par exemple des fonctions exercées, même en disponibilité, à la Présidence de la République (avis n° 98.A0117 du 19 février 1998).

On voit donc au total que la commission se prononce grâce à un faisceau de critères : statut juridique de l'employeur, réalité et particularités de son activité, notamment missions de service public et prérogatives de puissance publique, nature et niveau des fonctions exercées, liens avec l'administration française ... .

La combinaison de ces critères donne une jurisprudence nuancée et évolutive, qui se veut inspirée par le réalisme plus que par le juridisme. Dans le doute sur les cas limites, on ne peut que recommander aux intéressés et à l'administration de saisir la commission, quitte à se voir opposer un avis d'incompétence.

#### 2.2.2.1.3. La notion d'entreprise publique du secteur concurrentiel

Considérés sous un autre angle, les critères d'examen sont les mêmes qu'au paragraphe précédent : 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 que souhaite rejoindre un fonctionnaire est assimilée à une entreprise privée en application du dernier alinéa du I de l'article 1er du décret du 17 février et l'activité exercée en son sein doit être compatible avec les fonctions administratives antérieures.

C'est ainsi que la commission s'est reconnue compétente pour les départs dans les entreprises publiques suivantes : le Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) (avis n° 98.A0413 du 25 juin 1998) ; un établissement du Comité central d'action sociale d'EDF-GDF (avis n° 98.A0431 du 16 juillet 1998).

En revanche, la commission s'est déclarée incompétente pour : le départ d'un agent vers l'établissement public Aéroports de Paris ; elle a, en effet, estimé que, même si cet établissement pouvait avoir certaines activités concurrentielles, celles-ci restaient accessoires, l'essentiel de ses missions étant des missions de service public (avis n° 98.A0066 du 29 janvier 1998) ; le Réseau ferré de France, établissement public industriel et commercial, mais qui détient le monopole de la gestion du réseau ferré national (avis n° 98.A0045 du 8 janvier 1998) ; l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), compte tenu de l'origine essentiellement publique de ses ressources et du caractère non concurrentiel de la majeure partie de ses interventions (avis n° 98.A0374 du 4 juin 1998).

#### 2.2.2.1.4. La notion de contrôle et de surveillance

Comme l'indiquaient les précédents rapports, les fonctionnaires les plus exposés à tomber sous le coup des incompatibilités édictées à l'encontre des agents chargés de surveiller ou contrôler les entreprises sont ceux des corps d'inspection, tels que les inspecteurs du travail ou les inspecteurs des impôts. La commission continue à considérer que 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'avait pas effectivement contrôlée. Mais on verra que cette position a été nuancée.

Cette jurisprudence reste tempérée par un examen très précis du secteur contrôlé selon des critères géographiques, le domaine d'activité ou le chiffre d'affaires des entreprises qui permet de limiter le nombre des avis d'incompatibilité et les réserves assortissant les avis de compatibilité.

La commission a eu de très nombreuses occasions d'appliquer cette jurisprudence.

Citons quelques cas :

La commission a donné un avis défavorable :

- au départ de deux contrôleurs des travaux publics de l'Etat dans des entreprises de travaux publics dont ils avaient eu à contrôler certains chantiers (*avis n° 98.A0037 du 8 janvier 1998 et avis n° 98.A0638 du 8 octobre 1998*) ;

- au départ d'un agent contractuel du Centre national de la cinématographie dans une société de production dont il avait eu à instruire des dossiers de subventions (*avis n° 98.A0086 du 29 janvier 1998*) ;

- au dossier d'un ingénieur des travaux ruraux qui souhaitait exercer des fonctions de responsable d'une société de distribution d'eau dans le même secteur géographique que celui de la direction départementale de l'agriculture où il exerçait : il avait en effet été amené, en qualité de conseil de syndicats d'alimentation en eau potable, à contrôler ou surveiller le fonctionnement d'installations de cette société concessionnaire ; notons que, ce qui est peu fréquent, la commission a également motivé cet avis défavorable sur le fondement du 2° : rester dans le même secteur géographique pouvait l'amener à entrer en relations avec ses anciens collègues et risquer de mettre en cause le bon fonctionnement, l'indépendance ou la neutralité du service (*avis n° 98.A0082 du 29 janvier 1998*).

Autre cas de « double incompatibilité » : saisie par un chef de section principal des travaux publics de l'Etat dans une direction départementale de l'équipement qui souhaitait exercer les fonctions de directeur d'une association syndicale libre concessionnaire d'un port de plaisance, la commission s'est prononcée pour une incompatibilité au titre du 1°) et du 2°) de l'article 1er du décret de 1995 (*avis n° 98.A0323 du 14 mai 1998*). En effet, elle a estimé que d'une part, dans le cadre de ses anciennes fonctions, il avait été amené, en qualité de chef d'une subdivision



maritime territoriale mise à la disposition de la commune concédante, qui assure la tutelle de la concession du port de plaisance à l'association syndicale libre, à contrôler et à surveiller ladite association syndicale et, d'autre part, que l'intéressé dans ses futures activités privées serait conduit à entretenir avec les services de la direction départementale de l'équipement des relations de nature à porter atteinte au bon fonctionnement, l'indépendance ou la neutralité de ce service.

La commission a également considéré que le départ d'un agent contractuel, qui exerçait ses fonctions dans un laboratoire régional, vers une entreprise de travaux publics était incompatible au motif que l'intéressé, dans le cadre de ses fonctions, organisait des contrôles qui prenaient la forme d'essais ou d'avis sur les travaux réalisés par les entreprises. En effet, la commission a considéré que l'agent avait contrôlé ou surveillé cette entreprise, même si ces opérations n'impliquaient pas nécessairement un contact avec l'entreprise et si les résultats n'étaient destinés qu'aux maîtres d'oeuvre (*avis n° 98.A0273 du 23 avril 1998*).

Saisie par un inspecteur du travail dans une direction départementale du travail qui souhaitait exercer des fonctions au sein d'une caisse d'épargne, la commission s'est prononcée pour une incompatibilité (*avis n° 98.A0493 du 6 août 1998*). Elle a en effet estimé que l'agent, qui avait comme secteur d'intervention, au sein de la direction départementale du travail, les banques et, notamment, cette caisse d'épargne, avait été chargé de contrôler cette entreprise.

L'exercice par un ancien adjoint au directeur des hydrocarbures au ministère de l'industrie d'une activité au sein d'une société pétrolière a été considéré comme incompatible avec ses fonctions précédentes, l'intéressé ayant eu, dans le cadre de ces fonctions, à siéger en qualité de représentant de l'Etat au conseil d'administration de ladite société, et ayant, ainsi, été chargé de contrôler cette entreprise (*avis n° 98.A0500 du 6 août 1998*).

La commission a émis un avis d'incompatibilité au départ d'un inspecteur des douanes pour une société dont il avait été amené, dans le cadre de ses fonctions administratives précédentes, à instruire des demandes de suspension de droits de douanes émanant de ladite société (*avis n° 98.A0517 du 6 août 1998*).

En revanche, la commission a donné un avis favorable au départ vers une grande entreprise du secteur des assurances d'un chef du bureau des assurances de personnes à la direction du Trésor ; elle a considéré que la définition du cadre réglementaire et prudentiel en matière d'assurance ne constituait pas un contrôle ou une surveillance au sens du décret de 1995 (*avis n° 98.A0033 du 8 janvier 1998*). Cet avis a été confirmé (*avis n° 98.A0193 du 12 mars 1998*).

Saisie de la demande d'un administrateur civil de la direction du cinéma du centre national de la cinématographie qui souhaitait exercer des fonctions au sein d'un organisme pour le financement du cinéma, la commission a rendu un avis de compatibilité en considérant, d'une part, que compte tenu du cloisonnement fonctionnel du CNC, l'intéressé n'avait pas pu être en mesure de contrôler, surveiller, donner un avis ou passer des marchés ou contrats avec cet organisme et d'autre part, qu'il ne serait pas en relation avec son ancienne direction. En effet, seule la direction des financements et de la réglementation du CNC assure les relations de tutelle et de surveillance

financière de l'organisme dont il s'agit, la direction du cinéma n'est pas associée à ces relations (*avis n° 98.A0347 du 4 juin 1998*).

La commission a émis un avis favorable au départ du chef du service des opérations et de l'information financières de la COB dans une société cotée du secteur de l'électronique, des télécommunications et de la défense, bien que l'intéressé, dans l'exercice de ses fonctions, ait été conduit à examiner des documents d'information édités par ladite société destinés à ses actionnaires. La commission a estimé que l'intéressé n'était pas en position, à raison de cet examen, d'exercer une surveillance ou un contrôle sur la société précitée (*avis n° 98.A0407 du 25 juin 1998*).

La commission a également émis un avis favorable concernant un inspecteur des impôts, affecté dans une direction régionale, qui souhaitait exercer des fonctions d'avocat salarié au sein d'une société d'avocats dont le contrôle entrerait dans les attributions de la brigade de vérifications où l'intéressé exerce ses fonctions. Pour motiver son avis favorable, la commission a tenu compte, non seulement du fait que la société d'avocats n'avait fait l'objet d'aucun contrôle de la part de la brigade pendant la période où l'intéressé y avait été affecté, mais aussi, du fait que les vérificateurs appartenant à ladite brigade ne pouvaient procéder au contrôle d'une entreprise que sur ordre de leurs supérieurs hiérarchiques et, qu'en l'absence d'un tel ordre, l'intéressé n'était pas en droit de contrôler ladite société. Par conséquent, il ne pouvait être regardé comme ayant été chargé, à raison même de sa fonction, de surveiller ou contrôler cette société (*avis n° 98A0428 du 25 juin 1998*). Sur ce dernier point, l'avis marque une évolution par rapport à la jurisprudence antérieure, qui considérait qu'un inspecteur des impôts ne pouvait aller travailler dans une entreprise dont la vérification relevait de la compétence de la brigade à laquelle il appartenait sans rechercher si cet inspecteur était en droit de prendre lui-même l'initiative de contrôler cette entreprise.

La commission a par ailleurs estimé qu'un directeur du travail, précédemment en fonction à la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de Paris, pouvait exercer les fonctions de directeur des affaires sociales au sein d'une société dès lors que le siège social de la société n'était pas situé à Paris mais en Seine-Saint-Denis et que cette société ne possédait aucun établissement dans le ressort de la circonscription dont l'intéressé avait la charge (*avis n°98.A0406 du 25 juin 1998*).

L'exercice par un ancien agent contractuel du Conseil supérieur de l'audiovisuel d'une activité au sein d'une société de construction et d'exploitation de réseaux câblés a été considéré comme compatible avec ses fonctions précédentes, l'intéressé n'ayant pas eu, dans le cadre de ses fonctions, à instruire les demandes d'autorisation d'exploitation au profit de ladite société et ne devant avoir aucun contact, dans ses futures fonctions, avec le CSA (*avis n° 98.A0405 du 25 juin 1998*).

La commission a émis un avis favorable au départ d'un agent de la délégation générale pour l'armement pour la société GIAT Industries. Elle a fondé sa décision sur le fait, d'une part, que les fonctions qu'exerçait l'intéressé à la DGA ne concernaient que la recherche et la surveillance de l'espace et ne le mettaient donc pas

en relation avec GIAT Industries et d'autre part, que, ses futures fonctions étant des fonctions classiques d'acheteur, il n'aurait aucun contact avec la DGA (*avis n° 98.A0404 du 25 juin 1998*).

Saisie à nouveau de la demande de départ d'un agent contractuel du Centre national de la cinématographie vers une société de production différente de celle pour laquelle il s'était vu opposer un avis d'incompatibilité (*avis n° 98.A0086 du 29 janvier 1998*), la commission a émis un avis favorable car l'intéressé n'avait pas eu, cette fois-ci, dans le cadre de ses fonctions, à instruire des dossiers de subventions au profit de ladite entreprise (*avis n° 98.A0463 du 16 juillet 1998*).

La commission a également estimé que ne pouvait être regardé comme ayant été chargé de contrôler ou surveiller une entreprise un ingénieur contractuel à la Délégation générale pour l'armement qui, dans le cadre de marchés conclus avec cette entreprise, dont il n'avait pas la responsabilité technique, avait participé, au sein d'équipes comprenant divers personnels de la DGA, à des analyses concernant des questions techniques (*avis n° 98.A0594 du 17 septembre 1998*).

La commission a rendu un avis de compatibilité pour le départ d'un agent contractuel de l'Agence du médicament au sein d'un laboratoire pharmaceutique bien que l'intéressé ait eu à connaître certains dossiers dudit laboratoire au cours de ses fonctions administratives. La commission a estimé que le très faible nombre de dossiers d'une part, et le peu de pouvoir d'appréciation dont l'intéressé disposait d'autre part, ne permettaient pas de considérer qu'il y avait eu contrôle ou surveillance de l'entreprise au sens de l'article 1er du décret (*avis n° 98.A0774 du 10 décembre 1998*).

Dans un ordre d'idées différent, la commission a dû s'interroger sur le point de savoir jusqu'où devait aller le pragmatisme et le réalisme auxquels elle s'attache au regard des textes applicables.

Elle a adopté une interprétation stricte des dispositions du 1° du décret relatives aux liens unissant certaines entreprises entre elles. C'est ainsi qu'elle a considéré que le fait qu'une société appartienne au même groupe qu'une autre avec laquelle l'intéressé avait eu des relations n'était pas suffisant pour entraîner un incompatibilité au titre du 1° du décret dès lors que, ni dans un sens, ni dans l'autre, aucune de ces sociétés ne détenait 30 % du capital de l'autre (*avis n° 98.A0085 du 29 janvier 1998*).

La commission a, en outre, confirmé sa jurisprudence sur les groupements d'intérêt économique, la compatibilité de l'activité envisagée au sein d'un GIE sans capital devant s'apprécier tant au regard des éventuelles relations de l'intéressé avec le GIE lui-même qu'au regard de celles qu'il aurait pu avoir avec les entreprises le comprenant (*avis n° 98.A0724 du 19 novembre 1998*).

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

La commission a continué à vérifier que les fonctionnaires chargés de passer des marchés ou des contrats, ou de donner des avis sur eux, ne rejoignaient pas des entreprises bénéficiaires de ces marchés ou contrats, mais, là encore, elle ne peut que se fier aux déclarations des intéressés et de leur administration.

Cette interdiction est cependant plus simple à comprendre et donc à respecter que celle découlant du contrôle ou de la surveillance, et les fonctionnaires et leurs administrations évitent de présenter des demandes qui la violeraient.

La commission a dû considérer que le départ d'un directeur général d'un ministère au sein d'un groupe industriel était incompatible avec ses fonctions administratives au motif que sa direction avait accordé aux entreprises du groupe, au cours des cinq années précédant la demande de l'intéressé, des aides à la recherche.

Ces aides faisant l'objet de conventions, la commission n'a pu que constater que l'intéressé avait participé à la passation de contrats avec ladite société dès lors qu'il avait signé les décisions octroyant des aides (*avis n° 98.A0121 du 19 février 1998*).

De même, a été jugé incompatible avec les fonctions antérieures de l'intéressé le départ d'un directeur régional de la Caisse des dépôts et consignations dans une société anonyme d'habitations à loyer modéré implantée dans la même région pour y exercer les fonctions de directeur général adjoint, la caisse régionale ayant passé des contrats de prêt avec ladite société (*avis n° 98.A0215 du 2 avril 1998*).

La commission a également estimé que le départ d'un ancien agent du centre national de tir de la direction générale de la police nationale au sein d'une société était incompatible avec ses fonctions antérieures au motif que l'intéressé avait participé, d'une part, à la commission d'ouverture des offres en vue d'un marché public de fourniture d'appareils de simulation au tir, passé par la suite avec ladite société et, d'autre part, à la commission pilotant le projet relatif à ce marché (*avis n° 98.A0801 du 21 décembre 1998*).

En revanche, la commission a accordé des avis favorables dans les cas suivants :

Elle a considéré que le départ d'un agent en fonctions à l'Agence de l'eau au sein d'une société qui avait reçu des aides de la part de l'Agence n'était pas incompatible avec ses anciennes fonctions administratives. Elle a fondé sa décision sur le fait, d'une part, que lesdites aides étaient d'un montant peu élevé et constituaient une très faible part de l'ensemble des aides accordées et d'autre part, que l'intéressé avait joué un rôle limité et non décisif dans le processus au terme duquel ont été décidées ces aides (*avis n° 98.A0373 du 4 juin 1998*).

Elle a aussi estimé que la circonstance qu'un fonctionnaire de la direction générale des stratégies industrielles ait participé à l'élaboration d'un avis sur un avenant à une convention accordant une aide à une entreprise n'interdisait pas à l'intéressé d'aller travailler dans cette entreprise (*avis n° 98.A0462 du 16 juillet 1998*).

Elle a enfin pensé que le départ d'un agent de l'Agence nationale pour l'emploi au sein d'une société d'économie mixte qui avait participé à la passation de conventions avec l'agence locale pour l'emploi dans le cadre du dispositif d'aide à l'embauche dit contrats « initiative-emploi » (CIE) n'était pas incompatible avec ses anciennes fonctions administratives. Elle a fondé sa décision sur le fait, d'une part, que lesdits contrats ne constituaient qu'une faible part de l'ensemble des conventions traitées et, d'autre part, qu'en raison tant des caractéristiques particulières desdites

conventions que des procédures suivies pour leur conclusion, l'intéressé n'avait joué qu'un rôle limité et non décisif dans le processus au terme duquel des conventions « initiative emploi » avaient été signées. Toutefois, la commission a émis un avis de compatibilité sous réserve qu'il s'abstienne de toute relation avec l'agence locale pour l'emploi (*avis n° 98.A0592 du 17 septembre 1998*).

Dans un cas plus délicat, saisie du dossier d'un agent qui souhaitait créer un groupe au sein duquel une société holding de contrôle détiendra, à hauteur de 30% au moins, le capital d'une société avec laquelle il avait passé un contrat dans ses précédentes fonctions administratives, la commission a rendu un avis de compatibilité sous réserve qu'il n'exerce aucune activité professionnelle au sein de la holding (*avis n° 98.A0671 du 29 octobre 1998*). En effet, l'application du 1° du I de l'article 1er du décret de 1995 est subordonnée à l'exercice d'une « activité professionnelle ». Or, lors de son audition, l'intéressé avait déclaré que sa contribution au groupe en création devrait se limiter à la participation au capital. Dans ce cas, reste posée la question de l'application de l'article 432-13 du code pénal, dont la rédaction est différente de celle du décret de 1995 en ce qu'elle interdit aux fonctionnaires les prises d'intérêt non seulement par travail, mais aussi par capitaux dans les entreprises avec lesquelles elles ont conclu des contrats.

### **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 donc très large, d'autant que, contrairement au 1°, aucune limite dans le temps n'est fixée pour l'examen des fonctions administratives antérieures.

La commission a confirmé sa jurisprudence excluant du champ des interdictions du décret de 1995, mais non de sa compétence, un certain nombre de fonctions exercées pour le compte de particuliers (employés de maison, jardiniers, etc. ...).

Si la commission continue évidemment d'exclure les organismes publics du champ d'application du décret, par exemple l'Ecole polytechnique de Lausanne (*avis n° 98.A0120 du 19 février 1998*), elle examine soigneusement cette qualification. C'est ainsi que si, compte tenu de leurs missions et de leur mode de financement, la Fondation de la cité internationale des arts (*avis n° 98.A0003 du 8 janvier 1998*) et l'Institut français du pétrole (*avis n° 98.A0011 du 8 janvier 1998*) ne pouvaient pas être regardés comme des entreprises privées, elles n'en constituaient pas moins des organismes privés entrant dans le champ d'application du décret.

C'est à l'occasion du paragraphe « notion d'indépendance et de neutralité du service » que seront examinés la plupart des cas d'organismes privés.

#### *2.2.2.2.2. Notion de dignité de la fonction*

La commission n'a pas eu l'occasion de prononcer d'avis défavorable cette année pour ce motif. Peut-être ses avis précédents ont-ils dissuadé les intéressés de présenter des dossiers relatifs à certaines activités, considérées comme un exercice illégal de la médecine.

Toutefois, la commission a été amenée à se poser la question de la dignité de la fonction dans un cas bien différent. C'est ainsi que, saisie de la demande de cessation définitive de fonctions d'un ministre plénipotentiaire qui envisageait d'exercer les fonctions de directeur délégué international au sein d'un groupe de B.T.P., la Commission a considéré que les fonctions envisagées étaient compatibles avec la dignité de la fonction de fonctionnaire sous réserve que l'intéressé n'entre pas en relation avec les autorités des pays où il avait été ambassadeur pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation de ses fonctions dans chacun de ces Etats (*avis n° 98.A0319 du 14 mai 1998*).

#### 2.2.2.2.3. Notion de fonctionnement normal du service

Le fait qu'un fonctionnaire exerce une activité privée pouvant concurrencer son ancien service n'entraîne pas forcément une incompatibilité.

Mais le départ d'un contrôleur du Trésor public ayant exercé des fonctions d'agent producteur vers une société d'assurance afin d'y être chargé des placements de produits d'assurance a été admis sous réserve que l'intéressé n'intervienne pas dans le ressort géographique de son ancien service (*avis n° 98.A0748 du 19 novembre 1998*).

Le plus souvent, la commission regroupe dans sa motivation le fonctionnement normal, l'indépendance et la neutralité du service.

#### 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, pouvant ainsi laisser penser que cela 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 en question.

Ce risque a conduit la commission à prononcer un nombre élevé d'avis conditionnels.

Beaucoup des réserves ainsi émises consistent à interdire à l'intéressé d'avoir des relations professionnelles avec son ancien service pendant la durée de sa disponibilité ou, en cas de cessation des fonctions justifiant l'interdiction, pendant cinq ans, durée fixée par le II de l'article 1er. Il en a été ainsi dans les cas suivants :

Le départ d'un agent contractuel ayant exercé des fonctions de rapporteur au Conseil de la concurrence vers la SNCF en qualité de chargé de mission auprès du directeur délégué à la clientèle a été admis sous réserve que l'intéressé n'intervienne pas

auprès du Conseil de la concurrence pour des dossiers concernant la SNCF ou l'une de ses filiales (*avis n° 98.A0706 du 29 octobre 1998*) ;

S'agissant d'une demande d'un agent contractuel du ministère de l'équipement qui avait exercé des fonctions au sein de la direction de l'aménagement foncier et de l'urbanisme puis de la direction de la nature et des paysages qui sollicite son départ au sein d'une société d'affichage, la commission a rendu un avis de compatibilité sous réserve, toutefois, qu'il s'abstienne de toute relation professionnelle avec les services de la direction de la nature et des paysages du ministère de l'environnement (*avis n° 98.A0455 du 16 juillet 1998*).

S'agissant de la demande du directeur général de la Caisse des dépôts et consignations déclarant vouloir exercer une nouvelle activité (cf. *avis n° 97.A0722 du 18 décembre 1997*), celle de président d'une banque d'affaires, la commission a rendu, de nouveau, un avis de compatibilité sous réserve qu'il s'abstienne d'intervenir directement dans des missions de conseil ou d'expertise dans le domaine de la banque d'affaires pour le compte de la Caisse des dépôts et consignations ou d'entreprises dont elle détient au moins 30% du capital (*avis n° 98.A0465 du 16 juillet 1998*).

Le départ d'un agent contractuel de la Commission des opérations de bourse dans une société de conseil en communication et organisation a été admis sous réserve que l'intéressée n'intervienne pas auprès de la COB pour des clients de ladite société (*avis n° 98.A0626 du 8 octobre 1998*).

Pour deux dossiers de l'Agence du médicament, la commission a émis des avis de compatibilité sous réserve que les intéressés ne poursuivent pas d'activités qui les amèneraient à avoir des contacts avec leurs anciens services (*avis n° 98.A0772 et 98.A0773 du 10 décembre 1998*).

La création d'une entreprise de production cinématographique par un directeur des affaires internationales du Centre national de la cinématographie a été acceptée sous réserve que l'intéressé s'abstienne de tout contact personnel avec le C.N.C. (*avis n° 98.A0778 du 10 décembre 1998*). En tout état de cause son activité privée ne devrait pas l'amener à avoir de relations avec son ancienne direction, ses rapports avec le C.N.C. devant se limiter à l'obtention de subventions liées à tout projet de production cinématographique et présentant un caractère automatique.

De même, la commission a rendu un avis de compatibilité pour l'exercice par un fonctionnaire de l'équipement d'une activité de conseil en aménagement du territoire, politique de la ville et gestion de l'eau, sous réserve que l'intéressé s'abstienne, d'une part, de toute relation avec ses anciens services, soit l'Agence foncière et technique de la région parisienne (AFTRP) et l'Agence de l'eau de Seine-Normandie et, d'autre part, de donner des consultations dans le cadre d'un projet d'aménagement dont il avait précédemment la charge (*avis n° 98.A0734 du 19 novembre 1998*).

S'agissant d'un sous-directeur à la direction du Trésor partant en disponibilité dans une banque d'affaires, la commission, sans émettre de réserve, a noté dans son avis que les fonctions que devait exercer l'intéressé ne l'amèneraient pas à être en relation avec la direction du Trésor (*avis n° 98.A0564 du 27 août 1998*).

Saisie de la demande d'un magistrat de la Cour des comptes qui souhaitait créer une SARL ayant pour objet le conseil en investissements financiers auprès de personnes physiques ou morales, la commission a rendu un avis de compatibilité sous réserve, toutefois, qu'il s'abstienne de conseiller des personnes morales qu'il avait eu pour mission de contrôler à l'occasion de ses fonctions à la Cour des comptes (*avis n° 98.A0394 du 25 juin 1998*).

A propos de la demande de départ d'un fonctionnaire en poste au sein de la Commission des opérations de bourse vers une grande banque, la commission a rendu un avis favorable sous réserve que l'intéressé n'ait pas de contact avec son ancien service (*avis n° 98.A0210 du 2 avril 1998*). Dans cet avis, la commission a défini plus précisément la notion de service en admettant que le cloisonnement des secteurs d'activité au sein, tant de la banque que de la COB, permettait de limiter l'interdiction de contact au seul secteur au sein duquel l'intéressé exerçait ses fonctions administratives.

Dans deux autres avis, la commission a appliqué sa jurisprudence de cloisonnement géographique en autorisant, d'une part, la création d'une entreprise individuelle d'exploitation forestière par un chef de district forestier dès lors que ce dernier s'engage à ne pas exercer son activité dans le ressort de son ancien district (*avis n° 98.A0216 du 2 avril 1998*), et d'autre part, l'activité libérale de formateur par un conseiller de l'emploi sous réserve que cette activité ne s'exerce pas pour le compte des deux agences locales pour l'emploi au sein desquelles l'intéressé travaillait auparavant (*avis n° 98.A0221 du 2 avril 1998*).

Saisie du dossier d'un agent de la direction générale des stratégies industrielles qui exerçait ses fonctions dans le secteur spatial et qui demandait à exercer une activité privée dans le même secteur au sein d'une société aéronautique, la commission a rendu un avis de compatibilité au titre du 1<sup>o</sup>). Elle a constaté que le transfert de l'ancien service auquel appartenait l'intéressé vers le ministère de l'éducation nationale et le renouvellement complet des agents de ce service excluait tout risque au regard du 2<sup>o</sup>) du I de l'article 1er du décret de 1995 (*avis n° 98.A0023 du 8 janvier 1998*).

Pour un inspecteur des finances créant sa propre société de conseil, la commission a émis une réserve selon laquelle l'intéressé ne devait pas conclure de contrats avec les organismes qu'il aurait contrôlés à l'inspection des finances, non plus qu'avec l'INSEE où il avait été affecté (*avis n° 98.A0555 du 27 août 1998*).

Parfois, la commission s'interroge sur l'application du 2<sup>o</sup> et procède à ce qu'on pourrait appeler un supplément d'instruction en prononçant une incompatibilité en l'état.

Citons deux cas :

Saisie pour la seconde fois du dossier d'un préfet, ancien directeur de la surveillance du territoire, la commission a admis que les fonctions envisagées par l'intéressé au sein d'une société chargée de la surveillance économique pour le compte d'autres entreprises étaient compatibles avec ses anciennes fonctions administratives



dès lors que leur exercice serait conforme au nouveau projet de contrat soumis à son examen, lequel ne soulevait pas d'objection au regard du 2°) du I de l'article 1er du décret de 1995 (*avis n° 98.A0001 du 8 janvier 1998*).

En l'absence de représentant de l'administration concernée, pour un cas permettant de s'interroger sur la compatibilité des fonctions envisagées avec les fonctions antérieures, la commission prononce une incompatibilité en l'état du dossier (*avis n° 98.A0537 du 27 août 1998*).

La commission donne aussi un avis favorable dans certains cas, même si des liens existent entre l'entreprise et le service :

Confirmant sa jurisprudence en matière d'essaimage et de valorisation de la recherche, la commission a donné son accord au départ d'un chercheur du CNRS vers une société créée en vue de fabriquer et commercialiser un matériel dont le brevet appartient au CNRS et à l'élaboration duquel l'intéressé a participé au cours de ses précédentes fonctions administratives (*avis n° 98.A0099 du 19 février 1998*).

Mais, le 2° peut aussi aboutir à des avis défavorables.

Citons trois cas :

La commission a considéré sur le fondement du 2° que l'exercice par un conseiller principal à l'ANPE, en congé sans rémunération, des fonctions de responsable de l'emploi chargé du recrutement à la société d'économie mixte pour les transports dans une agglomération urbaine était incompatible avec ses précédentes fonctions de chargé du secteur des transports à l'agence de l'ANPE dans la même agglomération (*avis n° 98.A0533 du 27 août 1998*).

Un avis d'incompatibilité au titre du 2°) a été rendu pour le départ d'un inspecteur des douanes au sein d'une société où il envisageait d'exercer les fonctions de chef du service douane (*avis n° 98.A0114 du 19 février 1998*). Ses nouvelles fonctions auraient pu, en effet, l'amener à entrer en contact avec son ancien service.

S'agissant d'un inspecteur des impôts directeur du service des domaines et de l'enregistrement d'un territoire d'outre-mer qui souhaitait exercer l'activité d'avocat dans un cabinet situé dans ce même territoire, la commission a émis un avis d'incompatibilité au titre du 2°) (*avis n° 98.A0653 du 8 octobre 1998*).

La profession d'avocat a donné lieu à un nombre élevé d'avis conditionnels :

La commission a estimé que l'exercice de la profession d'avocat par l'ancien directeur adjoint du cabinet du ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce et de l'artisanat ne risquait pas de compromettre le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, sous réserve que l'intéressé s'abstienne de conseiller des entreprises à l'occasion d'affaires soumises à la décision du secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce et à l'artisanat (*avis n° 98.A0565 du 27 août 1998*).

De même, dans son *avis n° 98.A0335 du 14 mai 1998*, la commission a confirmé sa jurisprudence et a émis une réserve pour l'exercice de l'activité d'avocat par un receveur principal des impôts à la direction des vérifications fiscales. Il lui a été demandé de s'engager à ne pas conseiller les entreprises dont la vérification fiscale relève de la compétence de son ancien service.

Saisie de la demande d'un greffier en chef, en disponibilité depuis 1996, qui souhaitait exercer la profession d'avocat, la commission a émis un avis de compatibilité sous réserve que l'agent ne l'exerce pas, pendant la durée de sa disponibilité, devant les tribunaux de grande instance dans lesquels il avait rempli ses fonctions de greffier en chef pendant les cinq ans précédant sa première mise en disponibilité (*avis n° 98.A0255 du 23 avril 1998*).

De même, s'agissant toujours de l'exercice de la profession d'avocat après une radiation des cadres d'un inspecteur des impôts, la commission a confirmé la position qu'elle avait déjà prise (*avis n° 98.A0113 du 19 février 1998*) en émettant un avis de compatibilité sous réserve que l'intéressé ne s'occupe pas de dossiers dans lesquels ses anciens services seraient parties. Ainsi, l'intéressé ayant exercé ses fonctions dans six services différents pendant les cinq ans précédant sa cessation définitive de fonctions, la commission a défini six délais d'interdiction courant chacun à compter de la fin des fonctions justifiant l'interdiction (*avis n° 98.A0297 du 23 avril 1998*).

Une réserve a aussi été émise pour l'exercice de l'activité d'avocat par un fonctionnaire du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie. Il lui a été demandé de ne pas s'occuper de dossiers dans lesquels son administration serait partie (*avis n° 98.A0191 du 12 mars 1998*). Cet avis est conforme à la position que la commission avait prise précédemment s'agissant d'un contrôleur financier qui souhaitait aussi devenir avocat ; la commission avait alors rendu un avis de compatibilité sous réserve que l'intéressé ne s'occupe pas de dossiers dans lesquels ses anciens services seraient parties. S'agissant d'une cessation définitive de fonctions et l'intéressé ayant exercé ses fonctions dans deux services différents, la commission avait défini deux délais d'interdiction courant chacun à compter de la fin des fonctions justifiant l'interdiction (*avis n° 98.A0113 du 19 février 1998*).

## **CONCLUSION**

En l'absence de toute modification législative ou réglementaire en 1998, la commission ne peut que reprendre largement ses conclusions des rapports précédents.

Si la commission a été confortée dans sa mission par le renouvellement intégral de ses membres, sauf l'un d'entre eux qui avait souhaité ne pas poursuivre cette mission, elle doit constater que l'accroissement du nombre de dossiers et les projets d'extension de la compétence de la commission (chercheurs, détachement, hors-cadre, congés spéciaux, ...) doivent amener à un sérieux renforcement des moyens humains et matériels (notamment la création d'une base de données) du secrétariat, à une augmentation du nombre des rapporteurs ou des moyens de les rémunérer, ainsi qu'à l'institution d'une suppléance pour tous les membres, y compris les personnalités qualifiées.

La commission se doit donc de rappeler quelques recommandations émises précédemment :

#### **FAIT GÉNÉRATEUR DU CONTRÔLE DE LA COMMISSION, DATE D'EFFET DU CONTRÔLE ET CALCUL DE LA PÉRIODE D'INCOMPATIBILITÉ**

Des propositions de modification de texte restent valables :

« - 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 ;

- 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 ; »

- moduler la durée de l'interdiction fixée à cinq ans par le II de l'article 1er du décret : dans beaucoup de cas, s'agissant du 2°, cette interdiction est beaucoup trop longue, notamment pour les agents non titulaires et compte tenu du renouvellement rapide des cadres de certains services. La Commission pourrait soit fixer une durée différente, soit renvoyer à un système d'autorisation au cas par cas par les administrations concernées.

Aucune de ces propositions n'impose une modification du Code pénal.

#### **SITUATION DES AGENTS NON TITULAIRES AU REGARD DU DISPOSITIF DE CONTRÔLE DE COMPATIBILITÉ**

S'agissant des agents non titulaires, la commission avait déjà signalé les problèmes qu'avait fait naître l'intervention du décret du 6 juillet 1995, notamment pour les autorités de contrôle très spécialisées techniquement (Commission des opérations de bourse, Conseil supérieur de l'audiovisuel, Centre national de la cinématographie, Agence du médicament) : elles ont besoin de recruter pour une durée déterminée des

spécialistes venant du secteur privé et évidemment appelés à y retourner, parfois d'ailleurs dans la même entreprise.

En l'état des textes, la commission n'avait pu que recommander aux autorités employant de tels agents non titulaires d'informer ces agents, au moment de leur recrutement, de l'existence du dispositif de contrôle de compatibilité et de tenir compte de ce dispositif dans la gestion de ces agents (rémunération, évolution de fonctions....).

Force est de reconnaître que, pour ces autorités, ces recommandations n'ont pas calmé les craintes des difficultés de recrutement de contractuels spécialisés, malgré l'attitude pragmatique adoptée par la commission pour cette catégorie d'agents.

La proposition de modulation de l'interdiction formulée plus haut pourrait dans certains cas contribuer à résoudre ce problème, étant entendu qu'en l'état des textes, les incompatibilités et surtout les réserves émises par la commission peuvent être fort gênantes.

Au terme de ces quatre années d'activité, la commission ne peut que rappeler que la rigidité des textes nécessite clairement des modifications législatives ou réglementaires et une meilleure information des fonctionnaires et agents non titulaires.