

SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1993 - 1994

Annexe au procès-verbal de la séance du 20 avril 1994.

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, relatif à certaines modalités de nomination dans la fonction publique de l'Etat et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées,

Par M. François BLAIZOT,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : MM. Jacques Larché, président ; Charles de Cuttoli, François Giacobbi, Germain Authié, Bernard Laurent, vice-présidents ; Charles Lederman, René-Georges Laurin, Raymond Bouvier, secrétaires ; Guy Allouche, Alphonse Arzel, Jacques Bérard, François Blaizot, André Bohl, Christian Bonnet, Didier Borotra, Philippe de Bourgoing, Guy Cabanel, Jean Chamant, Marcel Charmant, François Collet, Raymond Courrière, Etienne Dailly, Luc Dejoie, Michel Dreyfus-Schmidt, Pierre Fauchon, Jean-Marie Girault, Paul Graziani, Charles Jolibois, Pierre Lagourgue, Lucien Lanier, Paul Masson, Daniel Millaud, Lucien Neuwirth, Georges Othily, Robert Pagès, Claude Pradille, Louis-Ferdinand de Rocca-Serra, Michel Rufin, Mme Françoise Seligmann, MM. Jean-Pierre Tizon, Alex Türk, Maurice Ulrich, André Vallet.

Voir les numéros :

Assemblée nationale (10^e légis.) : 656, 766 et T.A.102.

Sénat : 174 (1993-1994).

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION	3
EXPOSÉ GÉNÉRAL	5
I. L'ENCADREMENT DES NOMINATIONS AU TOUR EXTÉRIEUR	7
II. LE CONTRÔLE DES ACTIVITÉS PROFESSIONNELLES DES FONCTIONNAIRES CESSANT DÉFINITIVEMENT OU TEMPORAIREMENT LEURS FONCTIONS	12
EXAMEN DES ARTICLES	17
<i>Article premier - Tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle</i>	17
<i>Article 2 - Tour extérieur au Conseil d'Etat, à la Cour des Comptes et dans les inspections générales interministérielles</i>	22
<i>Article 2 bis - Tour extérieur dans le corps des sous-préfets</i>	27
<i>Article 3 - Contrôle des activités professionnelles des fonctionnaires mis en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions</i>	29
<i>Article 4 - Cas particulier des militaires ayant négocié des contrats d'armement</i>	40
TABLEAU COMPARATIF	43
ANNEXE	57

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

Réunie le mercredi 20 avril 1994 sous la présidence de **M. Jacques Larché**, la commission des Lois du Sénat a examiné le rapport de **M. François Blaizot** sur le projet de loi n° 174 (1993-1994), adopté par l'Assemblée nationale, relatif à certaines modalités de nomination dans la fonction publique de l'Etat et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées.

Les principales décisions de la Commission ont été les suivantes.

I. En ce qui concerne le tour extérieur (articles premier, 2 et 2 bis du projet de loi) :

- La commission des Lois a approuvé la limitation au cinquième des emplois vacants de la proportion des emplois pourvus au tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle (proportion qui est actuellement comprise dans une « fourchette » allant du cinquième au quart des emplois vacants). Elle a toutefois souhaité que cette proportion constitue un plafond à ne pas dépasser et non un quota impératif, le Gouvernement restant libre de pourvoir ou non ces emplois au tour extérieur (*article premier du projet de loi*).

- Elle a généralisé la compétence de la commission instituée en 1986 pour formuler un avis sur l'aptitude des intéressés à entrer dans l'un des corps d'inspection et de contrôle autres que les inspections générales à vocation interministérielle (ce que ne fait pas l'article premier du projet de loi qui maintient le renvoi actuel de la liste des corps concernés par la procédure de l'avis préalable de la commission à un décret en Conseil d'Etat).

- Pour les inspections générales à vocation interministérielle (inspection générale des finances, inspection générale de l'administration et inspection générale des affaires sociales), ainsi que pour le Conseil d'Etat et la Cour des Comptes, la commission des Lois a approuvé la procédure de l'avis préalable du chef du corps concerné prévue par l'article 2 du projet de loi.

S'agissant plus spécifiquement de la Cour des Comptes, la commission des Lois, sur la proposition du président Larché, a substitué au comité de sélection institué par le projet de loi pour apprécier l'aptitude des candidats à exercer les fonctions de conseiller référendaire, une simple commission n'ayant qu'une compétence purement consultative.

- A propos des modalités de la publicité donnée à l'avis, sur les nominations prononcées, de la commission consultative, ou, le cas échéant, du chef du corps concerné, la commission des Lois a estimé que la publication au Journal officiel du seul sens de l'avis était préférable à celle de son texte intégral, dans l'intérêt même des candidats, compte tenu du caractère personnel des appréciations qui devront en constituer la motivation.

D'autre part, la commission des Lois a supprimé les dispositions du projet de loi prévoyant la communication de l'avis à toute personne qui en fait la demande. Elle a en effet jugé suffisante la communication de l'avis au seul intéressé, conformément au droit commun de l'accès aux documents administratifs tel qu'il résulte de la loi du 17 juillet 1978.

- La commission des Lois a, par ailleurs, prévu qu'une modification des dispositions des statuts particuliers relatives au tour extérieur ne pourrait donner lieu à application avant un délai de six mois, afin d'empêcher, selon le rapporteur, une modification statutaire qui n'aurait d'autre motivation que de permettre une nomination au tour extérieur avant une échéance électorale.

II. En ce qui concerne le « pantouflage » (articles 3 et 4 du projet de loi) :

- La commission des Lois a approuvé les dispositions de l'article 3 du projet de loi qui rendent obligatoire la consultation de la commission mise en place en 1991 pour apprécier l'incompatibilité éventuelle des fonctions envisagées par l'intéressé avec ses fonctions antérieurement exercées dans l'administration.

- Elle a également approuvé l'extension de cette procédure à la fonction publique territoriale et à la fonction publique hospitalière.

- En revanche, elle a adopté un amendement tendant à supprimer l'obligation faite à l'administration de se conformer à l'avis de la commission.

- Enfin, elle a décidé de supprimer l'article 4 du projet de loi relatif aux militaires « ayant notoirement et manifestement participé à la négociation des contrats d'armement », car il lui est apparu que le dispositif pénal et disciplinaire en vigueur permettait d'ores et déjà de couvrir ce cas particulier.

Mesdames, Messieurs,

L'administration française a acquis, au fil des ans, une remarquable réputation de capacité professionnelle et de valeur morale. Ses partenaires, aussi bien que l'opinion publique, lui reconnaissent compétence, sens de l'intérêt général, désintéressement, dévouement, liberté d'opinion, loyauté à l'égard de l'Etat et neutralité politique.

Aussi le « système français » d'administration publique a-t-il connu un grand rayonnement dans le monde ; il a servi d'exemple dans la plupart des Etats francophones, dans de nombreux pays d'Europe occidentale, d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud. Après la chute du régime soviétique, plusieurs pays d'Europe centrale et orientale ont demandé le concours de l'administration française pour les aider à créer une fonction publique adaptée au système démocratique qu'ils souhaitaient mettre en place.

Il faut, malheureusement, constater que s'est fait jour, depuis quelques années, une très regrettable dégradation de la considération que la fonction publique française avait su s'assurer dans l'opinion publique. Sans doute faut-il attribuer à des motifs très divers cette dégradation, motifs dont les fonctionnaires ne sont pas toujours directement responsables : certaines garanties, telle la sécurité de l'emploi et de la progression de carrière, suscitent de la part de ceux que menace le chômage un sentiment d'injustice sociale compréhensible ; la pression de la concurrence dans le secteur privé, engendrant la nécessité d'un effort sans précédent en matière de productivité du travail, donne par contraste, l'impression que le secteur public échappe à toute exigence d'efficacité. Enfin, la multiplication des textes de lois et de règlements souvent peu clairs, entraîne, pour les administrés, une complication de la vie de tous les

jours qu'ils ont, bien entendu, tendance à imputer à l'administration chargée de mettre en oeuvre ces dispositions.

Tous ces éléments, dont l'énumération ci-dessus n'est pas exhaustive, concourent gravement au mouvement de déconsidération dont souffre l'administration mais il ne faut pas, pour autant, tenir pour négligeable l'influence de pratiques abusives qui se sont multipliées ces dernières années mettant en évidence des immixtions excessives du pouvoir politique dans la vie administrative.

Deux phénomènes caractéristiques de cette dérive ont, en particulier, choqué l'opinion publique et contribué à sa désaffection vis à vis de l'administration : les nominations arbitraires dans la haute fonction publique et les conditions dans lesquelles des fonctionnaires ayant exercé des responsabilités importantes ont pu quitter le service de l'Etat pour entrer dans l'industrie privée ou nationalisée.

Le Gouvernement issu des élections législatives de mars 1993 a parfaitement ressenti les dangers que présenterait pour l'avenir du pays la persistance de telles pratiques et, dans sa déclaration de politique générale, devant l'Assemblée nationale, le 8 avril 1993, M. Edouard Balladur, Premier ministre, s'est engagé à prendre les mesures nécessaires *« afin que l'Etat soit rendu aux citoyens »*.

Le projet de loi qui est soumis à notre examen prend son origine dans cet engagement.

Ce projet de loi, adopté après modifications par l'Assemblée nationale le 13 décembre 1993, comporte deux volets :

- d'une part, l'encadrement des nominations au tour extérieur dans les grands corps de l'Etat et les corps d'inspection et de contrôle ;

- d'autre part, le contrôle des activités professionnelles des fonctionnaires cessant définitivement ou temporairement leurs fonctions dans l'administration pour embrasser une nouvelle carrière dans le secteur privé.

I. L'ENCADREMENT DES NOMINATIONS AU TOUR EXTÉRIEUR

Le «tour extérieur» que constitue la prérogative du Gouvernement de procéder à des nominations discrétionnaires dans certains grands corps et emplois supérieurs de l'Etat, par dérogation au principe du recrutement des fonctionnaires par concours, apparaît comme une tradition ancienne dans la fonction publique française.

On peut légitimement s'interroger sur la justification de cette pratique qui remet en cause un des principes fondamentaux du droit de notre fonction publique, selon lequel les fonctionnaires sont recrutés par concours.

Le tour extérieur, en apportant à un corps de fonctionnaires le concours de personnalités ayant reçu une formation différente et profité d'expériences professionnelles diverses, a cependant l'avantage de lui assurer une ouverture sur l'extérieur qui peut être enrichissante. Le corps concerné se trouve irrigué d'un sang neuf qui le protège des risques de dérives corporatistes que pourrait engendrer un excessif repli sur lui-même.

La nécessaire ouverture sur l'extérieur des grands corps de l'Etat, qui pourrait d'ailleurs revêtir d'autres formes que l'incorporation de personnalités extérieures par la procédure du tour extérieur, ne doit toutefois pas conduire au recrutement par cette procédure de candidats qui, choisis suivant des critères exclusivement politiques, ne présenteraient pas les aptitudes et les compétences susceptibles de leur permettre de s'adapter de manière satisfaisante à leurs nouvelles fonctions et de s'intégrer dans de bonnes conditions à leur corps d'accueil.

Un tel recrutement apparaîtrait d'ailleurs en contradiction avec les principes posés par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui proclame dans son article VI que *«tous les citoyens... sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents»*.

*

* *

Selon les termes de l'article 16 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, « *les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi* ».

Le principe du recrutement des fonctionnaires par concours est également réaffirmé dans le statut général de la fonction publique de l'Etat, aujourd'hui défini par la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

Cependant, l'article 24 de cette loi dispose que : « *Les statuts particuliers de certains corps figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat peuvent ... autoriser, selon des modalités qu'ils édictent, l'accès direct de fonctionnaires de la catégorie A, ou de fonctionnaires internationaux en fonction dans une organisation internationale intergouvernementale chargés de fonctions équivalentes à celles qui sont confiées aux fonctionnaires de la catégorie A, à la hiérarchie desdits corps* ». Il s'agit là d'une forme de tour extérieur réservé aux fonctionnaires qui fait appel à plusieurs critères variant suivant les corps, à savoir l'âge, l'ancienneté de services publics, l'inscription sur une liste d'aptitude ou l'exigence d'un avis du corps d'accueil. La liste des corps concernés a été précisée par le décret n° 85-344 du 18 mars 1985.

Il convient également de rappeler qu'en application de l'article 25 de la même loi, les nominations dans les « *emplois supérieurs* » déterminés par décret en Conseil d'Etat (cf. décret n° 85-779 du 24 juillet 1985), tels les directeurs d'administration centrale, les préfets ou les ambassadeurs, sont laissées à la décision du Gouvernement. Toutefois, l'accès de non-fonctionnaires à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans un corps de l'administration.

D'autre part, l'article 8 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public a institué un accès direct au grade d'inspecteur général des corps d'inspection et de contrôle « *sans condition autre que d'âge* », renouant là avec la tradition ancienne des nominations au tour extérieur qui étaient fondées, au XIXème siècle et au début du XXème siècle, sur un choix exclusivement discrétionnaire.

La loi n° 86-1304 du 23 décembre 1986 relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires de l'Etat a toutefois réduit la proportion des emplois susceptibles d'être pourvus à ce titre, qui pouvait atteindre le tiers des emplois vacants, à une « *fourchette* » située entre le quart et le cinquième des emplois vacants. Elle a également prévu la consultation préalable d'une commission « *chargée d'apprécier l'aptitude des intéressés à exercer les*

fonctions d'inspecteur général ou de contrôleur général. La compétence de cette commission, dont la composition et les modalités de fonctionnement ont été précisées par un décret du 2 mars 1987, se limite toutefois à ceux des corps d'inspection et de contrôle qui figurent sur une liste établie par ce même décret. Ainsi les nominations au tour extérieur dans certaines inspections générales telles que l'inspection générale des finances ou l'inspection générale de l'éducation nationale échappent-elles actuellement à la procédure de l'avis préalable de la commission.

Depuis 1988, 67 nominations au total ont été prononcées au titre du tour extérieur dans les corps d'inspection générale, dont 22 pour la seule inspection générale de l'éducation nationale (les corps d'inspection générale concernés par cette procédure étant au nombre de 16).

Enfin, les statuts particuliers du Conseil d'Etat et de la Cour des Comptes précisent les modalités du tour extérieur dans ces corps, qui sont régies par des règles spécifiques. Depuis 1988, 20 nominations ont été prononcées au Conseil d'Etat au titre du tour extérieur (dont 9 pour le grade de conseiller d'Etat et 11 pour le grade de maître des requêtes). A la Cour des Comptes, 35 nominations sont intervenues à ce titre au cours de la même période (dont 14 au grade de conseiller maître et 21 au grade de conseiller référendaire).

Le Conseil d'Etat, appelé à se prononcer au contentieux sur la légalité des nominations prononcées au titre du tour extérieur, n'exerce qu'un contrôle restreint : il se borne à vérifier que les conditions légales de la nomination sont remplies (à savoir l'âge, éventuellement la durée de services publics exigée, le respect de la proportion d'emplois susceptibles d'être pourvus au tour extérieur à l'intérieur d'un cycle de nominations ...) et qu'une erreur manifeste d'appréciation n'a pas été commise sur les aptitudes de l'intéressé, compte tenu, d'une part, des attributions confiées aux membres du corps concerné et des conditions dans lesquelles ils exercent leurs fonctions et, d'autre part, des qualifications et de l'expérience de l'intéressé.

Malgré le pas effectué par la loi du 23 décembre 1986 dans le sens d'une plus grande rigueur, le système actuel n'échappe pas à certaines critiques et ne peut suffire à garantir qu'aucun usage contestable de cette procédure ne puisse être commis.

On observera en effet qu'en ce qui concerne les corps ne relevant pas de la compétence de la commission précédemment évoquée, aucune procédure de consultation préalable portant sur l'aptitude des intéressés n'est actuellement prévue, hormis le cas des

nominations dans le grade de conseiller référendaire à la Cour des Comptes pour lesquelles l'avis préalable du chef de corps est requis.

S'agissant des activités de la commission, aucune publicité n'était dans la pratique donnée à ses avis et le contenu souvent insuffisant des dossiers qui lui étaient fournis, ainsi que la brièveté des délais qui lui étaient impartis, ne lui permettaient pas toujours de formuler dans des conditions satisfaisantes une appréciation sur les aptitudes de l'intéressé.

*

* *

Le projet de loi qui nous est présenté n'entend pas remettre en cause le principe du tour extérieur mais seulement l'encadrer plus rigoureusement en apportant des garanties supplémentaires à la neutralité et au sérieux des recrutements. Dans cette perspective, les principales dispositions prévues sont les suivantes :

- La proportion des emplois susceptibles d'être pourvus au tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle, qui devait se situer entre le quart et le cinquième des emplois vacants, est ramenée au cinquième des emplois vacants (*article premier*).

- En ce qui concerne les nominations au tour extérieur au Conseil d'Etat, à la Cour des Comptes et dans les trois inspections générales à caractère interministériel (inspection générale des finances, inspection générale de l'administration et inspection générale des affaires sociales), la consultation préalable du chef du corps concerné est prévue (*article 2*). En outre, un comité de sélection est institué pour apprécier les mérites des candidats à la nomination au grade de conseiller référendaire à la Cour des Comptes (*article 2, paragraphe II*).

Pour les nominations au tour extérieur dans les autres corps d'inspection et de contrôle, la procédure de l'avis préalable de la commission instituée par la loi du 23 décembre 1986 est maintenue (la liste des corps concernés demeurant renvoyée à un décret en Conseil d'Etat).

- L'avis de cette commission, comme celui, le cas échéant, du chef de corps, devra apprécier l'aptitude des candidats en tenant

compte de leurs fonctions antérieures et de leur expérience (*articles premier et 2*).

- Afin d'assurer une meilleure transparence de la procédure, le projet de loi prévoit également la publication du sens de l'avis émis par la commission ou, le cas échéant, par le chef de corps (*articles premier et 2*) ; formule à laquelle l'Assemblée nationale a toutefois préféré celle de la publication intégrale du texte de l'avis au Journal officiel.

- Enfin, un dispositif analogue est mis en place pour encadrer les nominations au tour extérieur dans le corps des sous-préfets (*article 2 bis*).

Le décret en Conseil d'Etat qui sera pris pour l'application de ces dispositions devrait, en outre, revoir la composition de la commission afin que, selon les déclarations de M. André Rossinot, ministre de la fonction publique, à l'Assemblée nationale, *« ne siègent désormais dans cette commission que des personnes libres de leur avis et que la présence des représentants des corps intéressés soit renforcée »*.

*

* *

Votre commission des Lois approuve les mesures proposées par le projet de loi en vue d'un encadrement plus rigoureux de la pratique des nominations au tour extérieur.

Elle vous proposera cependant d'y apporter quelques aménagements afin de renforcer l'efficacité et la cohérence du dispositif. Ces aménagements se fondent sur les considérations suivantes :

- La proportion des emplois pouvant être pourvus au tour extérieur ne doit pas apparaître comme une proportion impérative mais comme un plafond à ne pas dépasser, le Gouvernement restant libre de pourvoir ces emplois au tour extérieur ou, au contraire d'y substituer des nominations au tour ordinaire dans le corps concerné.

- Le principe de la compétence de la commission consultative sur les nominations au tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle autres que les inspections générales interministérielles doit être affirmé clairement, ce qui n'est pas le cas

dans le texte actuel du projet de loi qui maintient le renvoi de la liste des corps concernés à un décret.

Cependant, afin de tenir compte de la technicité de certains de ces corps pour lesquels l'institution d'un tour extérieur n'apparaît pas opportune, il convient de prévoir certaines exceptions à l'obligation faite aux statuts particuliers de ces corps, de prévoir une procédure de nomination au tour extérieur.

- La prise en compte des fonctions antérieures et de l'expérience des candidats ne doit pas être interprétée comme constituant la définition exclusive des critères sur lesquels devra se fonder l'appréciation de la commission ou du chef de corps.

- S'agissant des modalités de la publicité donnée à l'avis de la commission ou du chef de corps, la publication au Journal officiel du seul sens de l'avis apparaît préférable à celle de son texte intégral, dans l'intérêt même des candidats, compte tenu du caractère personnel des appréciations qui devront en constituer la motivation. D'autre part, la communication de l'avis à toute personne qui en fait la demande pourrait donner lieu à une utilisation abusive. La communication de l'avis au seul intéressé, conformément au droit commun de l'accès aux documents administratifs, semble donc suffisante.

- Enfin, votre commission des Lois a estimé que le Gouvernement devait garder son pouvoir d'appréciation sur les nominations au tour extérieur. Comme l'a souligné le président Jacques Larché, il ne paraît pas souhaitable d'opérer un transfert de pouvoir du Gouvernement vers une commission purement administrative. Votre commission des Lois vous proposera donc de substituer au comité de sélection institué par le projet de loi pour apprécier l'aptitude des candidats à exercer les fonctions de conseiller référendaire à la Cour des Comptes, une simple commission n'ayant qu'une compétence purement consultative.

II. LE CONTRÔLE DES ACTIVITÉS PROFESSIONNELLES DES FONCTIONNAIRES CESSANT DÉFINITIVEMENT OU TEMPORAIREMENT LEURS FONCTIONS

De même que le législateur a souhaité encadrer les mécanismes d'accès à la fonction publique, il a également prévu une régulation des incursions des fonctionnaires dans le secteur privé.

Cette démarche a constitué la contrepartie de la multiplication des interventions de l'Etat dans le domaine économique, laquelle accroissait les occasions de rencontres fonctionnelles et de confusion des genres entre secteur privé et secteur public.

Plusieurs objectifs apparemment contradictoires doivent être conciliés dans ce domaine.

Premièrement, la **déontologie** du service public qui exige que la neutralité du fonctionnaire, et par voie de conséquence de son administration, ne puisse être mise en cause ni pendant l'exercice de ses fonctions, ni, rétrospectivement, en raison des activités qu'il exercerait après avoir cessé ses fonctions.

Deuxièmement, la **formation** des fonctionnaires, notamment de ceux appelés à des fonctions d'encadrement ou de réflexion dans le domaine économique, laquelle peut reposer, entre autres, sur la mobilité interne et externe.

Troisièmement, la **régulation démographique** des corps, laquelle suppose parfois sur une politique de mobilité externe et d'abaissement des limites d'âge.

Ainsi, ce qui pourra être qualifié pour certains corps de «pantouflage» répréhensible apparaîtra pour d'autres comme un essaimage enrichissant pour le corps (ponts et chaussées, par exemple) ou comme une obligation d'effectuer une deuxième carrière (militaires, compte tenu de la limite d'âge fixée à 45 ans pour certains d'entre eux).

On peut parfois parler de véritables politiques de gestion des corps, puisque, en dernier ressort, seule l'administration décide d'accorder ou de refuser la mise en disponibilité demandée par le fonctionnaire ; elle est, seule, en situation de contrôler les activités exercées par celui-ci en disponibilité ou après sa radiation des cadres et d'apprécier leur compatibilité avec les exigences du corps auquel il appartient.

Le but du législateur n'est donc pas d'interdire au fonctionnaire d'appréhender les réalités du secteur privé, dont il apparaît souhaitable qu'il prenne conscience, mais plutôt de faire en sorte que cette mobilité fructueuse ne déforme pas l'éthique du service public et de l'intérêt général qui doit l'animer lorsqu'il exerce ses fonctions.

Le deuxième objectif du législateur est également d'éviter que le fonctionnaire utilise au service d'une entreprise privée des informations acquises dans ses fonctions publiques.

Si le développement avéré des sorties vers le secteur privé a pu trouver des causes dans la dégradation relative des traitements des fonctionnaires, cette tendance pourrait s'inverser devant l'assagissement des salaires du secteur privé et les difficultés de l'emploi qui atteignent désormais toutes les catégories socio-professionnelles. Certains corps en constatent déjà les effets.

Reste au législateur, qui a déjà limité la durée des disponibilités et établi des restrictions pour le cumul des pensions et des rémunérations, à contrôler les départs en disponibilité ou les cessations définitives d'activité qui poseraient des problèmes d'incompatibilité entre les activités projetées au sein d'une entreprise privée et les relations antérieures qui auraient pu lier, dans le cadre de ses fonctions, le fonctionnaire et l'entreprise.

Cette préoccupation n'est pas neuve. Toutefois, constatant le taux actuel des disponibilités dans certains corps (1), on a pu s'interroger sur l'efficacité du dispositif pénal, disciplinaire et administratif mis en place et dont les caractéristiques seront développées à l'occasion de l'examen des *articles 3 et 4* du présent projet de loi.

Les chiffres bruts doivent toutefois toujours être relativisés car ils n'indiquent ni le type de disponibilité (pour exercer une activité ou pour convenance personnelle), ni la durée (pouvant aller jusqu'à 14 ans), ni l'activité professionnelle exercée le cas échéant.

Ainsi estimerait-on comme un maximum annuel, pour la fonction publique de l'Etat, le chiffre de cinq cents disponibilités (2) susceptibles de mériter un examen de l'incompatibilité éventuelle (sur des effectifs totaux d'environ 2,2 millions de fonctionnaires).

Encore ce flux annuel est-il sans doute surestimé si l'on se réfère aux stocks actuels (à titre d'indication : sur 4 160 anciens

(1) *Pouvant aller de 10 % à l'inspection générale de l'administration à 13,5 % chez les conseillers référendaires de première classe de la Cour des comptes, 16,6 % chez les maîtres des requêtes du Conseil d'Etat et 27 % à l'inspection générale des finances.*

(2) *Le seul ministère de l'équipement traiterait une soixantaine de demandes de disponibilités par an.*

élèves de l'ENA, 762 exerceraient actuellement leur activité dans une entreprise privée ou publique).

S'agissant de la fonction publique territoriale, toute tentative d'extrapolation à partir de la fonction publique de l'Etat devrait tenir compte des effectifs globaux (environ 1,4 million) et de la part plus faible des catégories A (environ 5 % contre 20 % pour l'Etat).

Enfin, pour la fonction publique hospitalière (800 000 personnes environ), rares sont les personnes susceptibles de relever de telles incompatibilités. Sur 4.000 cadres de direction, 6 sont partis en disponibilité dans le secteur privé en 1992, 7 en 1993. Sur ces 13 directeurs, 7 exercent dans des cliniques ; 2 auprès d'établissements pour personnes âgées ; un au sein d'une association et 3 dans des entreprises.

Quant aux militaires, le principe de leur départ est implicitement inscrit dans leur statut qui implique la nécessité d'une deuxième carrière et d'une reconversion reconnue par le Livre Blanc sur la Défense de 1994.

D'une part, les possibilités d'insertion qui leur étaient ouvertes dans la fonction publique civile se sont réduites, compte tenu du ralentissement général des recrutements. D'autre part, la situation économique les conduit à anticiper moins fréquemment leur départ. Or, le fonctionnement des unités militaires exige une rotation des personnels dont l'un des aspects peut être le pantouflage dès lors que sont respectées les règles pénales et statutaires qui l'encadrent et qu'il appartient à l'administration de faire respecter.

*

* *

L'examen des *articles 3 et 4 du projet de loi* qui proposent une étape supplémentaire dans le contrôle préalable de la compatibilité des activités projetées par le fonctionnaire avec ses fonctions antérieures sera l'occasion de rappeler qu'il appartient, avant tout, à chaque administration et au ministre de faire respecter les exigences de neutralité, d'égalité de traitement et de respect de l'intérêt général qui s'imposent à tout fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, notamment vis-à-vis des entreprises privées, ou publiques exerçant dans le secteur concurrentiel.

L'article 3 rend obligatoire la consultation de la commission saisie pour avis, depuis 1991, par les administrations informées par le fonctionnaire cessant définitivement ou temporairement ses fonctions, de sa volonté d'exercer une activité, au sein d'une entreprise privée, susceptible de présenter une incompatibilité.

La commission des Lois vous proposera d'approuver cette nouvelle obligation propre à favoriser l'unification des pratiques des différentes administrations de la fonction publique de l'Etat. Elle vous proposera également d'adopter son extension, résultant d'un amendement de l'Assemblée nationale approuvé par le Gouvernement, à la fonction publique territoriale et à la fonction publique hospitalière.

En revanche, elle déposera un amendement de suppression de la modification introduite par l'Assemblée nationale tendant à obliger les administrations à se conformer à l'avis de la commission.

De-même, vous proposera-t-elle de supprimer l'article 4 relatif aux militaires *« ayant notoirement et manifestement participé à la négociation des contrats d'armement »*. Il lui apparaît en effet que le dispositif pénal et statutaire actuellement en vigueur permet d'ores et déjà de couvrir ce cas particulier.

*

* *

EXAMEN DES ARTICLES

Article premier

Tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle

L'article premier du projet de loi, qui modifie l'article 8 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, tend à encadrer plus strictement les nominations au tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle.

Dans sa rédaction actuelle, l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984, tel qu'il a été modifié par la loi n° 86-1304 du 23 décembre 1986 relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires civils de l'Etat, prévoit la possibilité de pourvoir aux vacances d'emploi dans le grade d'inspecteur général ou de contrôleur général, par décret en Conseil des ministres, sans condition autre que l'âge.

La proportion des emplois susceptibles d'être ainsi pourvus au tour extérieur doit se situer entre le cinquième et le quart des emplois vacants. Il est à noter que cette proportion a été sensiblement réduite en 1986 ; en effet, dans le texte d'origine de la loi de 1984, elle pouvait atteindre jusqu'au tiers des emplois vacants.

En outre, et ceci également depuis 1986, pour un certain nombre de ces corps d'inspection et de contrôle, dont la liste est établie par décret en Conseil d'Etat, les nominations prononcées au titre du tour extérieur ne peuvent intervenir qu'après consultation d'une commission « chargée d'apprécier l'aptitude des intéressés à exercer les fonctions d'inspecteur général ou de contrôleur général ».

La composition et les modalités de fonctionnement de cette commission ont été déterminées par le décret n° 87-138 du

2 mars 1987 relatif aux modalités de recrutement de certains corps d'inspection de la fonction publique de l'Etat, qui comporte en annexe la liste des corps concernés.

En application de ce décret, la commission comprend actuellement :

- un membre ou ancien membre du Conseil d'Etat, président ;**
- un magistrat ou ancien magistrat de la Cour des Comptes ;**
- le directeur général de l'administration et de la fonction publique ;**
- le chef du service d'inspection générale concerné ou un inspecteur général désigné par le ministre de tutelle ;**
- un inspecteur général représentant le corps concerné, élu par ses pairs ;**
- un directeur d'administration centrale nommé sur proposition du ministre de tutelle (en pratique, le directeur du personnel de l'administration concernée).**

En ce qui concerne la liste des corps relevant de la compétence de la commission, on notera que n'y figurent ni l'inspection générale des finances, ni l'inspection générale de l'éducation nationale ; en revanche, elle comprend les corps d'inspection à vocation interministérielle que constituent l'inspection générale de l'administration et l'inspection générale des affaires sociales.

L'article 8 de la loi du 13 septembre 1984 prévoit par ailleurs que les conclusions de la commission sont communiquées à toute personne qui en fait la demande. Il semblerait cependant que cette dernière disposition n'ait pas reçu d'application pratique, faute de demande.

L'article premier du projet de loi, dans sa rédaction initiale, se proposait d'apporter deux modifications au dispositif de l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984 :

- d'une part, en réduisant au cinquième des emplois vacants la proportion des emplois susceptibles d'être pourvus au tour extérieur (*paragraphe I*) ;**

- d'autre part, en prévoyant la publication du sens de l'avis de la commission sur les nominations prononcées, afin d'assurer une meilleure transparence des activités de ladite commission (*paragraphe II*).

Par ailleurs, selon les informations qui ont été communiquées à votre rapporteur, le Gouvernement envisage également de revoir la composition de la commission et la liste des corps concernés, qui sont renvoyées à un décret en Conseil d'Etat.

La nouvelle composition de la commission pourrait être la suivante :

- un membre ou ancien membre du Conseil d'Etat, président ;
- un magistrat ou ancien magistrat de la Cour des Comptes ;
- le chef du corps concerné ou un inspecteur général désigné par le ministre de tutelle ;
- deux inspecteurs généraux représentant le corps concerné, élus par leurs pairs.

Cette nouvelle composition traduirait le souci d'un rééquilibrage visant à conforter l'indépendance de l'institution, qui reçoit l'approbation de votre rapporteur. La composition de la commission revêt en effet une grande importance quant à l'indépendance des avis qu'elle sera amenée à formuler.

La liste des corps concernés devrait être actualisée. Elle comprendrait désormais l'inspection générale de l'éducation nationale. En revanche, ne relèveraient plus de la compétence de la commission, l'inspection générale de l'administration, ainsi que l'inspection générale des affaires sociales, corps à vocation interministérielle auxquels serait appliquée la procédure de l'avis du chef de corps, prévue par l'article 2 du projet de loi.

L'Assemblée nationale a pour sa part apporté trois modifications au dispositif initial de l'article premier du projet de loi.

• Tout d'abord, elle a, sur la proposition du Gouvernement, précisé que la commission devrait apprécier l'aptitude des intéressés *«en tenant compte de leurs fonctions antérieures et de leur expérience»* (*paragraphe I bis*).

- Elle a ensuite prévu que le texte intégral de l'avis de la commission sur les nominations prononcées (et non plus seulement le sens de cet avis) ferait l'objet d'une publication au Journal officiel (*paragraphe II*).

Cette modification a pour origine un amendement de M. de Courson, adopté en dépit de l'avis défavorable du Gouvernement et de la commission des Lois.

- Enfin, elle a adopté un amendement présenté par MM. Rosselot, rapporteur, Bussereau et Mercier, tendant à empêcher une modification d'un statut particulier d'un corps qui serait spécialement destinée à permettre au Gouvernement de procéder à une nomination au tour extérieur avant une échéance électorale. A cette fin, le dispositif adopté par l'Assemblée nationale précise que toute modification des dispositions des statuts particuliers relatives au tour extérieur a pour effet de rouvrir un nouveau cycle de nominations, dans lequel la première vacance doit nécessairement être pourvue par la voie interne (*paragraphe III*).

Votre commission des Lois approuve l'encadrement des nominations au tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle mis en place par l'article premier du projet de loi. Elle vous proposera cependant d'y apporter quelques modifications afin d'en améliorer le dispositif.

- Tout d'abord, afin de prendre en compte le cas spécifique de certains corps d'inspection et de contrôle caractérisés par une technicité particulière, dans lesquels l'institution d'un tour extérieur ne semble pas opportune, elle estime préférable de modifier la rédaction actuelle de la première phrase de la loi du 13 septembre 1984, afin de prévoir une exception à la règle selon laquelle les statuts particuliers des corps d'inspection et de contrôle doivent prévoir la possibilité de pourvoir aux vacances d'emploi par la procédure du tour extérieur, pour certains de ces corps dont la liste sera déterminée par décret en Conseil d'Etat. On observera au demeurant qu'à l'heure actuelle il n'existe pas de tour extérieur dans certains corps de contrôle tels que, par exemple, le contrôle général des armées ou le corps des commissaires-contrôleurs des assurances.

- Votre commission des Lois approuve la limitation au cinquième des emplois vacants de la proportion des emplois pouvant être pourvus au tour extérieur. Elle souhaite cependant que cette proportion constitue un simple plafond à ne pas dépasser plutôt qu'un quota impératif et que le Gouvernement reste libre d'user ou non de la

faculté qui lui est ainsi offerte. Elle vous proposera donc un amendement en ce sens au paragraphe I.

• En ce qui concerne l'étendue des compétences de la commission, il apparaît préférable, plutôt que de renvoyer la liste des corps concernés à un décret en Conseil d'Etat susceptible d'être modifié à tout moment, de poser le principe selon lequel les nominations au tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle seront soumises à la procédure de la consultation préalable de la commission, à l'exception des corps d'inspection à vocation interministérielle (c'est-à-dire l'inspection générale des finances, l'inspection générale de l'administration et l'inspection générale des affaires sociales). En ce qui concerne ces derniers corps, c'est en effet la procédure de consultation préalable du chef de corps, prévue par l'article 2, qui s'appliquera. Tel est l'objet de l'amendement tendant à introduire un paragraphe additionnel après le paragraphe I.

• Tout en approuvant la disposition selon laquelle la commission devra se prononcer sur l'aptitude des intéressés en tenant compte de leurs fonctions antérieures et de leur expérience, votre commission des Lois considère que cette formulation ne doit pas faire l'objet d'une interprétation restrictive et que d'autres critères peuvent être pris en compte par la commission. Elle vous proposera donc un amendement précisant la portée du paragraphe I bis afin d'éviter toute ambiguïté à ce sujet.

• S'agissant des conditions de la publicité donnée à l'avis de la commission sur les nominations prononcées, votre commission des Lois estime que la publication du texte intégral de l'avis, compte tenu des appréciations à caractère personnel qu'il doit nécessairement comporter, serait susceptible de nuire à la précision et à la rigueur de sa motivation, sauf à nuire aux intéressés eux-mêmes. Elle vous proposera donc d'en revenir à l'esprit initial du projet de loi en limitant la publication au seul sens de l'avis, tout en maintenant la précision selon laquelle la publication s'effectue par la voie du Journal officiel : tel est l'objet de l'amendement présenté au paragraphe II.

D'autre part, votre commission des Lois considère que le maintien de la disposition actuelle, selon laquelle *«les conclusions de la commission sont communiquées à toute personne qui en fait la demande»*, pourrait donner lieu à une utilisation abusive. Elle vous propose donc d'adopter un amendement tendant à supprimer cette disposition ; la communication de l'avis au seul intéressé, conformément au droit commun de l'accès aux documents administratifs tel qu'il résulte de la loi du 17 juillet 1978, lui est en effet apparue suffisante.

• Enfin, votre commission des Lois se montre favorable à l'introduction dans le projet de loi d'un dispositif visant à éviter les «manipulations» des statuts particuliers de certains corps qui n'auraient d'autre motivation que de permettre une nomination par la voie du tour extérieur dans des délais rapides, à la veille d'une échéance électorale. Il lui apparaît cependant nécessaire, afin d'assurer toute son efficacité à ce dispositif, de prévoir expressément que toute modification des dispositions des statuts particuliers relatives au tour extérieur ne pourra donner lieu à application avant un délai de six mois ; tel est l'objet de l'amendement proposé au paragraphe III.

Votre commission des Lois vous propose d'adopter l'article premier du projet de loi modifié par les amendements qui viennent d'être présentés.

Article 2

Tour extérieur au Conseil d'Etat, à la Cour des Comptes et dans les inspections générales interministérielles

Cet article a pour objet de soumettre à la consultation préalable du chef de corps les nominations au tour extérieur au Conseil d'Etat et à la Cour des Comptes, ainsi que dans les trois inspections générales à vocation interministérielle que sont l'inspection générale des finances, l'inspection générale de l'administration et l'inspection générale des affaires sociales (*paragraphe I*).

Il tend, en outre, à instituer un comité de sélection chargé d'examiner les candidatures aux fonctions de conseiller référendaire à la Cour des Comptes au titre du tour extérieur (*paragraphe II*).

1. L'encadrement des nominations au tour extérieur au Conseil d'Etat, à la Cour des Comptes et dans les inspections générales interministérielles

Le projet de loi tend à soumettre à une procédure identique d'avis préalable du chef de corps les nominations au

tour extérieur au Conseil d'Etat et à la Cour des Comptes, ainsi que les nominations au tour extérieur dans le grade d'inspecteur général à l'inspection générale des finances, à l'inspection générale de l'administration et à l'inspection générale des affaires sociales (ces trois derniers corps ayant pour caractéristique commune d'avoir un statut interministériel).

Les modalités de nomination au tour extérieur dans chacun de ces corps sont actuellement fixées par leurs statuts particuliers.

En application de l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, la proportion des emplois ainsi pourvus dans les trois inspections générales interministérielles doit être comprise entre le cinquième et le quart des emplois vacants. Toutefois, à la différence de l'inspection générale de l'administration et de l'inspection générale des affaires sociales, l'inspection générale des finances ne figure pas sur la liste, annexée au décret du 2 mars 1987, des corps d'inspection relevant de la compétence de la commission chargée d'apprécier l'aptitude des candidats à exercer les fonctions d'inspecteur général.

- Au Conseil d'Etat, en application de l'ordonnance n° 45-170 du 31 juillet 1945, les nominations au tour extérieur peuvent atteindre un tiers des emplois vacants dans le grade de conseiller d'Etat et un quart des emplois vacants dans le grade de maître des requêtes. Pour le grade de conseiller d'Etat, aucune autre condition que celle d'un âge minimum de 45 ans n'est exigée. Pour le grade de maître des requêtes, outre un âge minimum de 30 ans, la justification d'une durée minimale de dix ans de services publics est exigée.

Il est à noter qu'une partie des emplois susceptibles d'être ainsi pourvus au tour extérieur (à savoir un sur six dans le grade de conseiller d'Etat et un sur quatre dans le grade de maître des requêtes) est réservée aux magistrats des tribunaux administratifs, suivant les dispositions du décret n° 53-935 du 30 septembre 1953 relatif à l'organisation des juridictions administratives.

- A la Cour des Comptes, dont le statut est défini par la loi du 16 mai 1941 relative à l'organisation de la Cour des Comptes, le tour extérieur concerne un tiers des emplois vacants dans le grade de conseiller maître (la moitié de ces emplois étant réservés aux candidats appartenant à l'administration des finances) et un quart des emplois vacants dans le grade de conseiller référendaire. Un âge minimum de 40 ans et une durée de 15 ans de services publics sont requis pour l'accès au grade de conseiller-maître ; l'âge minimum et la

durée de services publics exigés étant respectivement fixés à 35 ans et à 10 ans pour l'accès au grade de conseiller référendaire.

En ce qui concerne ce dernier grade, est en outre prévue la consultation préalable du Premier président de la Cour des Comptes délibérant avec les présidents de chambre, ainsi que du Procureur général près la Cour des Comptes.

Le grade de conseiller référendaire à la Cour des Comptes est par ailleurs conféré de plein droit aux présidents de chambre régionale des comptes, en application de l'article 21 de la loi n° 82-595 du 10 juillet 1982 relative aux présidents des chambres régionales des comptes et au statut des membres des chambres régionales des comptes.

- S'agissant de l'inspection générale des finances, l'accès au tour extérieur au grade d'inspecteur général est ouvert sans condition particulière aux candidats âgés de plus de cinquante ans et peut concerner un emploi vacant sur quatre (cf. décret n° 73-276 du 14 mars 1973 relatif au statut particulier du corps de l'inspection générale des finances).

- En ce qui concerne l'inspection générale de l'administration et l'inspection générale des affaires sociales, deux emplois sur dix dans le grade d'inspecteur général de l'administration et un emploi sur cinq dans le grade d'inspecteur général des affaires sociales peuvent être pourvus en application de l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984, l'âge minimum des candidats étant fixé à 50 ans (cf. décret n° 81-241 du 12 mars 1981 portant statut de l'inspection générale de l'administration au ministère de l'intérieur et décret n° 90-933 du 2 mai 1990 portant statut particulier du corps de l'inspection générale des affaires sociales).

L'article 2 du projet de loi a été adopté sans modification par l'Assemblée nationale, le Gouvernement ayant eu recours à la procédure du vote bloqué sur cet article. Il prévoit de subordonner les nominations au tour extérieur dans chacun des cinq corps qui viennent d'être évoqués à la consultation préalable du chef du corps concerné. L'avis formulé par le chef de corps devra prendre en compte les fonctions antérieures et l'expérience de l'intéressé, de même que l'avis formulé par la commission chargée d'apprécier l'aptitude des candidats à exercer les fonctions d'inspecteur général dans les autres corps d'inspection. Il devra en outre tenir compte des besoins spécifiques du corps concerné qui seront exprimés annuellement.

Les conditions de **publicité** assurées à l'avis du chef de corps sont les suivantes : la publication est limitée au seul sens de l'avis sur les nominations prononcées, mais l'avis est communiqué à toute personne qui en fait la demande.

Des exceptions à l'application de cette procédure sont par ailleurs prévues en ce qui concerne les nominations au tour extérieur au Conseil d'Etat et à la Cour des Comptes prononcées en application des règles d'accès spécifique à ces corps respectivement ouvertes aux magistrats des tribunaux administratifs et aux magistrats des chambres régionales des comptes, qui ont été précédemment évoquées.

Votre commission des Lois vous propose d'adopter ces dispositions sous réserve de trois amendements tendant à harmoniser les modalités de la procédure prévue à l'article 2 avec celles qui vous ont été précédemment proposées à l'article premier s'agissant de la commission appelée à donner son avis sur les nominations au tour extérieur dans les autres corps d'inspection et de contrôle, notamment en ce qui concerne les conditions de la publicité assurée aux avis des chefs de corps, qu'elle vous propose de limiter à la publication au Journal officiel du seul sens de l'avis sur les nominations prononcées. Votre rapporteur tient cependant à souligner l'intérêt que peut avoir le chef du corps consulté à s'entourer préalablement d'avis au sein du corps qu'il est chargé de diriger, afin que l'appréciation portée sur le candidat soit le fruit d'une réflexion collégiale dont l'objectivité ne puisse être mise en cause et permette de résister à d'éventuelles pressions extérieures.

2. Les dispositions spécifiques à la Cour des Comptes

Dans un paragraphe II, l'article 2 du projet de loi tend à mettre en place un **comité de sélection** chargé d'examiner les candidatures au tour extérieur dans le grade de conseiller référendaire à la Cour des Comptes.

Le dispositif, adopté sans modifications par l'Assemblée nationale, modifie l'article 4 de la loi du 16 mai 1941 relative à l'organisation de la Cour des Comptes afin de prévoir que les nominations prononcées au tour extérieur dans le grade de conseiller référendaire ne pourront intervenir qu'après que les candidats aient été reconnus aptes à exercer les fonctions afférentes à ce grade par un comité de sélection siégeant auprès du Premier président de la Cour

des Comptes. Contrairement à la pratique traditionnelle du tour extérieur, une publicité des vacances de postes est par ailleurs prévue, les conditions de cette publicité, ainsi que la composition et les modalités de fonctionnement du comité de sélection, étant renvoyées à un décret en Conseil d'Etat.

Ce dispositif est analogue à celui qui existe actuellement pour les nominations au tour extérieur en qualité d'inspecteur des finances de deuxième classe (cf. décret n° 73-273 du 14 mars 1973 relatif au statut particulier du corps de l'inspection générale des finances et arrêté du 23 mars 1973).

Il est appelé à s'ajouter à la procédure actuelle de consultation préalable du Premier président de la Cour des Comptes délibérant avec les présidents de chambre et du Procureur général près la Cour, qui avait été introduite par la loi n° 78-743 du 13 juillet 1978, procédure à laquelle viendra se superposer l'avis formulé par le Premier président de la Cour des Comptes en application du paragraphe I de l'article 2 du présent projet de loi.

La mise en place d'un comité de sélection des candidatures intervenant dans la nomination des conseillers référendaires à la Cour des Comptes semble vivement souhaitée par les magistrats de ce corps. L'idée en avait déjà été émise par une proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale le 12 février 1986 par MM. Jean-Pierre Soisson, Michel Debré, Jean Foyer et Philippe Séguin (A.N. n° 3341).

Votre commission des Lois estime cependant que le pouvoir d'appréciation du Gouvernement sur les nominations au tour extérieur doit rester entier. En effet, pour reprendre un propos du président Jacques Larché, le texte adopté par l'Assemblée nationale présente l'inconvénient majeur de conférer une sorte de droit de veto à un « comité de sélection ».

Votre commission des Lois vous proposera donc d'adopter un amendement tendant à transformer le « comité de sélection » prévu par le projet de loi en une simple commission à compétence purement consultative.

Votre commission des Lois vous propose d'adopter l'article 2 du présent projet de loi sous réserve des amendements qui ont été présentés précédemment.

Article 2 bis

Tour extérieur dans le corps des sous-préfets

L'article 2 bis, introduit par l'Assemblée nationale à la suite de l'adoption d'un amendement du Gouvernement, a pour objet de donner un fondement légal au « grand tour extérieur » dans le corps des sous-préfets.

Les modalités du tour extérieur dans le corps des sous-préfets sont actuellement déterminées par les dispositions des articles 8 et 9 du décret n° 64-260 du 14 mars 1964 portant statut des sous-préfets.

L'article 8 du décret prévoit, pour six nominations d'administrateurs civils en qualité de sous-préfets, trois autres nominations de sous-préfets dont deux au bénéfice des directeurs et attachés principaux du cadre national des préfectures et une au bénéfice des autres fonctionnaires de l'Etat justifiant de dix ans de services publics effectifs dans un corps de catégorie A, l'âge des intéressés devant, dans les deux cas, être compris entre 35 et 50 ans.

L'article 9 du même décret prévoit en outre que peuvent être nommés pour occuper un poste de sous-préfet, dans la limite de deux nominations au plus par période de deux ans, des personnes remplissant les conditions générales d'accès à la fonction publique, âgées de 30 ans au moins et de 40 ans au plus, et titulaires de l'un des diplômes requis pour le concours d'entrée à l'ENA. Les bénéficiaires de ces dernières dispositions ne peuvent toutefois occuper plus de 15 % des emplois budgétaires de sous-préfets.

Or, le Conseil d'Etat considère que ce dernier dispositif, dit « grand tour extérieur », est dépourvu de tout fondement législatif depuis l'entrée en vigueur de l'article 16 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, aux termes duquel « les fonctionnaires sont recrutés par concours, sauf dérogation prévue par la loi ».

Selon les informations qui ont été communiquées à votre rapporteur, le Conseil d'Etat a appelé à plusieurs reprises l'attention du Gouvernement sur cette question et s'est opposé à toute modification par voie réglementaire du dispositif de l'article 9 du décret du 14 mars 1964.

Par ailleurs, les nominations qui sont intervenues sur le fondement de cet article et qui ont fait l'objet de recours contentieux

seront très probablement annulées par le Conseil d'Etat pour illégalité.

C'est cette situation qui a conduit le Gouvernement à proposer l'introduction dans le présent projet de loi, par voie d'amendement présenté au cours du débat à l'Assemblée nationale, un article additionnel relatif au tour extérieur dans le corps des sous-préfets.

Cet article tend à conférer un fondement législatif au dispositif actuellement prévu par l'article 9 du décret du 14 mars 1964 tout en entourant la procédure de nomination au tour extérieur dans le corps des sous-préfets de garanties comparables à celles qui ont été prévues pour les corps concernés par les deux premiers articles du projet de loi.

Le texte adopté par l'Assemblée nationale dispose ainsi que le statut particulier du corps des sous-préfets peut prévoir la possibilité de nommer en qualité de sous-préfet des personnes remplissant les conditions générales d'accès à la fonction publique ainsi que des conditions d'âge minimum et de diplôme déterminées par ce statut particulier.

Ces nominations sont toutefois soumises à une double limite quantitative : *«leur nombre ne peut excéder deux par période de deux ans, dans la limite du dixième des vacances d'emploi»*.

A l'instar du dispositif prévu à l'article premier du projet de loi pour les nominations au tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle, ces nominations sont en outre subordonnées à la consultation d'une commission, la composition et le fonctionnement de ladite commission étant renvoyées à un décret en Conseil d'Etat.

Les conditions de publicité prévues pour l'avis de cette commission sont les mêmes que celles prévues à l'article 2 du projet de loi : publication du sens de l'avis de la commission sur les nominations prononcées et communication de l'avis à toute personne qui en fait la demande.

La mise en oeuvre de ce dispositif devra bien entendu s'accompagner d'une modification du statut particulier des sous-préfets et en particulier de l'article 9 du décret du 14 mars 1964.

A cet article, votre commission des Lois vous propose d'adopter, outre un amendement rédactionnel, trois amendements qui ont pour objet d'assurer la cohérence du dispositif prévu pour les sous-préfets avec les dispositifs proposés pour les corps concernés par les deux premiers articles du projet de loi.

Le premier de ces amendements tend à préciser que la commission chargée d'apprécier l'aptitude des intéressés à servir dans le corps des sous-préfets devra tenir compte en particulier de leurs fonctions antérieures et de leur expérience.

Les deux autres amendements prévoient des conditions de publicité identiques à celles proposées par les amendements présentés aux deux premiers articles du projet de loi : c'est-à-dire la publication au Journal officiel du sens de l'avis de la commission sur les nominations prononcées, la disposition prévoyant la communication de l'avis à toute personne qui en fait la demande étant supprimée.

Votre commission des Lois vous propose d'adopter l'article 2 bis du présent projet de loi sous réserve des amendements qui viennent d'être présentés.

Article 3

Contrôle des activités professionnelles des fonctionnaires mis en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions

Cet article propose de renforcer le dispositif de contrôle préalable des activités professionnelles envisagées par les fonctionnaires qui quittent définitivement ou temporairement le service public.

Ces départs, qualifiés par extension de «pantouflage» par référence à la «pantoufle» de l'argot des écoles définie comme «*le dédit dû par un élève des grandes Ecoles qui quitte le service de l'Etat pour travailler dans le secteur privé*» (1), sont encadrés par trois types de dispositions : pénales, disciplinaires et administratives.

(1) *Petit Robert 1, édition 1985.*

1. L'interdiction sanctionnée pénalement a posteriori

L'article 432-13 du code pénal reprend les dispositions de l'article 175-1 de l'ancien code pénal sanctionnant la prise de participation dans une entreprise que contrôlait moins de cinq ans auparavant un fonctionnaire.

Inséré au titre III, *«Des atteintes à l'autorité de l'Etat»*, du Livre Quatrième du nouveau Code Pénal ⁽¹⁾, l'article 432-13 figure au chapitre II (*«Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique»*) parmi les *«manquements au devoir de probité»* prévus par la section III.

Il en forme, avec l'article 432-12 consacré aux personnes publiques en activité, le paragraphe IV : *«De la prise illégale d'intérêts»*.

Pour s'en tenir aux dispositions relatives aux fonctionnaires, seuls concernés par le présent projet de loi, l'article 432-12 leur interdit *«de prendre, recevoir ou conserver directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont (ils ont), au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement»*. Ce délit est passible au maximum de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende.

L'article 432-13 étend l'interdiction pendant une durée de cinq ans après la cessation des fonctions ayant donné lieu à une mission de surveillance ou de contrôle d'une entreprise privée ou publique exerçant dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé. Dans ce cas, le délit est passible au maximum de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende.

Cette prohibition couvre également les entreprises avec lesquelles le fonctionnaire a conclu des contrats ou au sujet des opérations desquelles il a eu à émettre un avis, ainsi que les entreprises ayant 30 % de capital commun ou un contrat d'exclusivité avec l'une des précédentes.

Cet article peut donc concerner les fonctionnaires ayant reçu une nouvelle affectation, mais il encadre surtout le pantouflage dans la mesure où, au-delà de la prise de participation par capitaux, il

(1) Consacré spécifiquement aux «Crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique».

recouvre la prise de participation par «travail» ou «conseil». Or, compte tenu de l'obligation faite aux fonctionnaires de consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées (article 25 de la loi n° 83- 634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, s'appliquant aux trois fonctions publiques) (1), cette participation par contrat de travail ne peut concerner que les fonctionnaires ayant cessé leurs fonctions définitivement (radiation des cadres) ou temporairement (mise en disponibilité).

Les délits prévus par les articles 432-12 et 432-13 sont également passibles des peines complémentaires fixées par les 1° à 3° de l'article 432-17 :

- l'interdiction des droits civils, civiques et de famille ;
- l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ;
- la confiscation des sommes ou objets reçus irrégulièrement.

L'ensemble de ces sanctions pénales, renforcées par rapport à celles des articles 175 et 175-1 de l'ancien code pénal, marque donc les limites du pantouflage autorisé et du pantouflage délictueux.

Leur sévérité apparaît particulièrement nécessaire pour marquer l'intangibilité de cette interdiction de principe destinée à éviter qu'en préparation d'une future activité privée un fonctionnaire ne soit tenté d'accorder un traitement plus favorable à un futur employeur potentiel -comportement qui, en dehors de tout pantouflage serait au demeurant répréhensible au titre des articles 432-11 (corruption passive et trafic d'influence) et 432-14 (atteinte à l'égalité d'accès aux marchés publics).

Le caractère très général de ces dispositions leur donne une valeur unificatrice supérieure à celles des dispositions statutaires. Applicables à tout fonctionnaire public, ou agent ou préposé d'une administration publique, elles frappent la fonction publique de l'Etat, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière, mais aussi les personnels relevant de statuts

(1) Sous réserve des exceptions prévues par le décret-loi du 29 octobre 1936 relatif au cumul de retraites, de rémunérations et de fonctions notamment au bénéfice de la production d'oeuvres scientifiques, littéraires et artistiques.

particuliers : militaires (1), magistrats de l'ordre judiciaire, fonctionnaires des assemblées parlementaires (2) notamment.

Toutefois, les poursuites pénales sur la base de ces dispositions ont été rares, en partie parce que leur intervention a posteriori apparaît comme tardive au regard du double objectif du texte : éviter des débauchages trop fréquents dans certaines administrations et protéger les fonctionnaires en fonctions des pressions des entreprises.

La Cour de cassation a toutefois eu l'occasion de renforcer par sa jurisprudence les effets de l'ancien article 175-1 notamment vis-à-vis des anciens agents de l'administration fiscale, laquelle semble particulièrement vigilante en cette matière.

Ainsi un arrêt Oswald de 1982 (3) a-t-il précisé que la rédaction de l'article 175-1 adoptée en 1960 (toujours présente dans l'article 432-13 applicable au 1er mars 1994) n'implique plus désormais que le fonctionnaire ait procédé à des contrôles directs sur l'entreprise. Le délit peut être constitué alors que le fonctionnaire avait « un rôle de surveillance ou de contrôle portant sur toutes les entreprises ayant leur siège » dans le département, n'avait pas exercé de contrôle particulier sur les entreprises auxquelles il a donné par la suite des conseils juridiques, comptables ou fiscaux mais pouvait avoir accès à leurs dossiers dans ces fonctions de vérificateur général.

Un arrêt Logier de 1984 (4) a précisé par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire que le fonctionnaire ait exercé des fonctions de direction, dès lors que, par des réunions hebdomadaires de son ancien service, il a pu avoir accès à des informations qu'il a utilisées par la suite pour les conseils donnés aux entreprises relevant de son ancien secteur qu'il n'avait pas directement contrôlées. Ce même arrêt a considéré qu'un séminaire occasionnel pouvait constituer une participation par travail passible des sanctions pénales.

(1) L'article 27 du statut général des militaires (loi n° 72-662 du 13 juillet 1972) rappelle que les militaires sont soumis à la loi pénale.

(2) Bien que ces deux catégories de fonctionnaires civils soient exclues du statut général de la fonction publique par l'article 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et que les fonctions dans lesquelles des fonctionnaires de ces catégories pourraient se trouver en situation de surveillance ou de contrôle des entreprises relevant de l'article 432-13 soient rares.

(3) Chambre criminelle, 15 novembre 1982, Oswald.

(4) Chambre criminelle, 18 juillet 1984, Logier.

2. La procédure disciplinaire

On rappellera, pour mémoire, que les différents statuts prévoient la possibilité de sanctionner disciplinairement, le fonctionnaire poursuivi pénalement et ce, indépendamment des conclusions de l'action pénale. Ces dispositions d'ordre général mettent en oeuvre la procédure disciplinaire et l'échelle des sanctions de droit commun au sein de la fonction publique sans définition préalable des fautes et des peines qui leur sont applicables. Le cas échéant, le juge administratif exerce un contrôle restreint (erreur manifeste d'appréciation) sur le choix de la sanction.

En outre, l'article 72 ⁽¹⁾ de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, prévoit, au chapitre IX, «*Cessation définitive des fonctions*», qu'un décret en Conseil d'Etat définisse «*les activités privées qu'en raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui a été mis en disponibilité ne peut exercer*». Ce décret peut prévoir une limitation dans le temps de l'interdiction, en cas de cessation définitive des fonctions. L'article précise les sanctions éventuellement applicables au fonctionnaire retraité : retenue sur pension et, éventuellement, déchéance des droits à pension après avis du Conseil de discipline

Des dispositions identiques figurent à l'article 95 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et à l'article 90 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

Comparées aux dispositions pénales, elles introduisent plus de confusion que de précision.

• S'agissant de la durée de l'interdiction :

En effet, l'article 432-13 fixe une limite dans le temps calculée à partir de la cessation des fonctions dans lesquelles le fonctionnaire exerçait une mission de surveillance ou de contrôle. La limite de cinq ans s'applique donc tant à la disponibilité qu'à la cessation définitive des fonctions.

(1) Cet article a repris une disposition, jamais appliquée faute de décret d'application, figurant à l'article 54 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959, abrogée, relative au statut général des fonctionnaires. Il a été adopté en 1984 sans modification, ni discussion dès la première lecture dans chaque assemblée.

En revanche, les articles des statuts ne semblent ouvrir la possibilité d'une limitation de la durée qu'en cas de cessation définitive des fonctions et la loi renvoie au décret la fixation du butoir.

• S'agissant de la nature des activités :

Les articles 72, 95 et 90 susvisés renvoient au décret la définition des activités interdites en précisant seulement leur caractère privé.

• S'agissant des sanctions :

L'article 432-13 du code pénal prévoit jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 200 000 francs d'amende. Les statuts, en ne prévoyant rien en cas de disponibilité, renvoient à l'échelle des sanctions disciplinaires (du blâme à la révocation). Dans le cas de la cessation de fonctions, elles ne peuvent qu'être limitées aux retenues sur pension ou à la déchéance des droits.

Est donc confirmée la superposition de deux logiques :

- la législation pénale dont les infractions et les sanctions sont définies et limitées dans le temps et peuvent également donner lieu à sanctions disciplinaires ;

- les dispositions statutaires qui pourraient ajouter à la loi pénale mais ne conduiraient qu'à des sanctions disciplinaires.

Les contradictions potentielles ont été partiellement résolues en ce qui concerne la fonction publique de l'État ⁽¹⁾, grâce à la parution, tardive, du décret n° 91-109 du 17 janvier 1991 pris pour l'application de l'article 72 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée.

En effet, celui-ci calque pour l'essentiel sa rédaction sur celle de l'article 175-1 de l'ancien code pénal, en vigueur jusqu'au 1er mars 1994. Il reprend la même définition des liens établis entre l'entreprise privée et le fonctionnaire durant l'exercice de ses fonctions ; il étend de même le champ d'application aux entreprises ayant 30 % de capital commun ou un contrat d'exclusivité avec les précédentes. Pour ces activités, le contrôle remonte aux cinq années antérieures à la cessation définitive des fonctions ou à la mise en disponibilité.

(1) Rappelons que les dispositions abrogées de l'ordonnance de 1959 ainsi que celles, en vigueur, relatives aux fonctions publiques territoriale et hospitalière n'ont jamais été appliquées, faute de décret.

Mais, il ajoute aux dispositions pénales tant du point de vue des activités contrôlées, que de la durée du contrôle :

- sont également interdites, par le 2° de l'article premier, *«les activités lucratives, salariées ou non, dans un organisme ou une entreprise privés et (les) activités libérales, lorsque, par leur nature ou leurs conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment (1) exercées par l'intéressé, ces activités compromettraient le fonctionnement normal du service ou mettraient en cause l'indépendance ou la neutralité du service auquel il appartenait, ou porteraient atteinte à la dignité des anciennes fonctions».*

- en cas de cessation définitive de fonctions, l'ensemble de ces interdictions s'applique pendant cinq ans à compter de la cessation des fonctions justifiant l'interdiction.

En revanche, par respect sans doute pour la lettre de l'article 72 de la loi de 1984, l'interdiction s'applique sans limitation pendant toute la durée de la disponibilité. Ainsi un fonctionnaire cesserait dans ce cas d'être passible de sanctions pénales cinq ans après la cessation des fonctions pouvant justifier l'interdiction tandis qu'il pourrait continuer à être passible de sanctions disciplinaires pendant toute la durée de la disponibilité, soit jusqu'à 14 ans éventuellement, s'il bénéficiait successivement des dispositions des articles 45 (disponibilité pour exercer une activité dans une entreprise, trois ans renouvelables une fois), 44 (disponibilité pour convenances personnelles, trois ans renouvelables une fois) et 46 (disponibilité pour créer ou reprendre une entreprise, deux ans maximum) du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'Etat et à certaines modalités de cessation définitive de fonctions.

Cette prolongation du contrôle en cas de disponibilité est justifiée, d'un point de vue administratif, par la possibilité de retour au sein de la fonction publique.

Au-delà de ces obligations supplémentaires, sanctionnables par le droit commun disciplinaire pour les disponibilités et par des retenues ou déchéance des droits à pension pour les retraités, le décret du 17 janvier 1991 établit une procédure de contrôle préalable des activités envisagées par le fonctionnaire.

(1) Le texte actuel du décret ne précise pas jusqu'à combien de temps auparavant.

3. La procédure administrative de contrôle préalable

Les articles 2 à 4 du décret de 1991 prévoient que, sur information de l'intéressé, le ministre dispose d'un délai de deux mois pour lui notifier que l'activité projetée n'est pas compatible avec ses obligations. Le silence de l'administration vaut compatibilité implicite.

En outre, les articles 5 à 8 du décret créent une commission consultative, placée auprès du ministre de la fonction publique. Présidée par un conseiller d'Etat et composée de deux personnalités qualifiées, du directeur général de l'administration et de la fonction publique, du directeur du personnel du ministère dont relève le corps ou du chef de corps et, le cas échéant, du directeur auprès duquel l'intéressé exerçait ses fonctions, cette commission n'est consultée obligatoirement que lorsque l'administration envisage de notifier l'incompatibilité. En cas contraire, la consultation est facultative.

En tout état de cause, l'avis de la commission ne lie pas l'administration.

Une circulaire du premier ministre du 28 janvier 1991 relative à l'application de ce décret, explique le rôle de conseil et d'harmonisation des décisions prises en matière d'incompatibilité que devra jouer la commission.

Le Premier ministre de l'époque, M. Michel Rocard, demande néanmoins que soit évitée «*toute saisine systématique*». La saisine devrait être limitée aux cas où l'incompatibilité «*paraît s'imposer*» ainsi qu'aux dossiers «*particulièrement délicats*» ou présentant «*un réel intérêt de principe*».

Ces recommandations ont été suivies car, de son installation au début de l'année 1991 jusqu'à janvier 1994, la commission n'a été saisie que quinze fois ⁽¹⁾.

Elle a déclaré une saisine irrecevable et rejeté trois saisines tardives, le délai de deux mois fixé par le décret pour l'ensemble de la procédure de compatibilité étant épuisé. Ce délai, jugé trop court par la commission, ne pourrait pas être prolongé sans difficulté pour les intéressés. En revanche, à l'intérieur de ces deux mois, un délai devrait être ménagé à compter de la saisine de la

(1) Source : secrétariat de la commission instituée par le décret du 17 janvier 1991.

commission, pour lui permettre d'examiner le dossier et de se prononcer.

Sur les onze cas sur lesquels elle a émis un avis sur le fond, elles s'est prononcée sept fois pour l'incompatibilité, quatre fois pour la compatibilité.

Ces saisines n'ont pas toujours concerné des fonctionnaires de catégorie A (six saisines sur quinze soumettaient le cas de fonctionnaires de catégorie B ou C).

Elles sont révélatrices d'une culture d'administration : en effet, cinq saisines ont pour origine l'Office national des forêts ; les ministères des finances, de l'intérieur et de l'équipement ayant chacun soumis trois cas à la commission. La dernière relevait du ministère des affaires sociales.

L'absence de saisine concernant les personnels civils du ministère de la défense, ou les ministères de l'économie, de l'industrie ou du commerce extérieur est relevée par la commission.

Les départs de fonctionnaires de ces ministères n'étant pas rares, doit-on supposer que ces administrations ignorent ces dispositions, qu'elles considèrent les activités projetées comme toujours compatibles ou qu'une procédure interne leur permet de désamorcer les demandes incompatibles ?

Lors de l'examen de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, le législateur a souhaité marquer l'importance qu'il attache à la procédure de la commission en reprenant son principe dans un article 87, lui conférant ainsi une valeur législative (1). Ce texte prévoyait également l'extension de ce mécanisme à la fonction publique territoriale et à la fonction publique hospitalière.

Depuis lors, le décret d'application de cet article 87 n'ayant pas été promulgué, et celui-ci n'ayant donc pas été appliqué, la commission mise en place en 1991 a continué à fonctionner sur la base du décret du 17 janvier 1991.

*

* *

(1) Amendement du Gouvernement ajouté en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale et adopté sans modification par le Sénat.

L'article 3 du projet de loi initial déposé par le Gouvernement à l'Assemblée nationale avait pour objet de rendre **obligatoire** la consultation de la commission pour la seule fonction publique de l'Etat.

L'Assemblée nationale, sur amendement de la commission des Lois, l'a modifié sur deux points :

- avec l'approbation du Gouvernement, en étendant la consultation obligatoire aux fonctions publiques territoriales et hospitalières ; chacune des trois fonctions publiques ayant une commission spécifique ;
- contre l'avis du Gouvernement ⁽¹⁾, en imposant à l'administration de suivre l'avis de la commission.

Ces deux modifications appellent les considérations suivantes :

• **Le caractère obligatoire de la consultation**

- S'agissant de la fonction publique de l'Etat, la proposition de rendre obligatoire la consultation de la commission apparaît comme une nouvelle étape dans un processus d'harmonisation mis en place progressivement.

Si la commission n'a pas eu à connaître d'un grand nombre de cas (15 en 3 ans), elle a du moins commencé à mettre en place des méthodes d'analyse et à élaborer une jurisprudence.

A l'issue de cette période d'expérimentation, il apparaît approprié de donner un caractère systématique à sa saisine pour inciter à une meilleure unification des pratiques des différents ministères.

Le nombre des saisines potentielles étant estimé pour cette fonction publique à environ 500 par an, on peut espérer que s'établisse progressivement un corpus de règles communes aux différentes administrations tout en tenant compte de leurs spécificités.

(1) Lors de l'adoption de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, le Gouvernement s'était déjà opposé à l'avis conforme proposé par certains députés.

Pour éviter que le fonctionnement de la commission ne soit alourdi par des demandes répétitives, le projet de décret d'application de cette mesure prévoirait une procédure simplifiée d'examen des demandes ne présentant manifestement pas d'incompatibilité.

- L'extension du caractère obligatoire de la consultation aux fonctions publiques territoriale et hospitalière, que le Gouvernement envisageait initialement de ne proposer qu'ultérieurement, est sans doute plus délicate faute d'expérimentation antérieure. Elle est toutefois particulièrement souhaitable sur le plan des principes et dès lors que le Gouvernement l'estime réalisable en pratique, il ne paraît pas nécessaire de repousser l'adoption de son principe.

Il reste à souhaiter que ces dispositions ne restent pas lettre morte, faute de décret, comme le sont restées jusqu'à présent celles prévoyant la mise en place d'une commission pour ces fonctions publiques.

Demeurent exclus de la consultation de la commission, les militaires dont la situation sera examinée à l'article 4, les fonctionnaires des assemblées parlementaires soumis à leurs propres règles statutaires et les magistrats de l'ordre judiciaire dont la situation est traitée par les articles 9-1 et 9-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, résultant de la loi organique n° 94-101 du 5 février 1994.

L'article 9-1 leur interdit d'exercer certaines professions judiciaires et juridiques dans le ressort d'une juridiction où ils ont exercé depuis moins de cinq ans.

L'article 9-2 permet au Garde des Sceaux de s'opposer à l'exercice de certaines activités par un magistrat en disponibilité.

• Le caractère obligatoire de l'avis

En revanche, imposer à l'administration de suivre l'avis de la commission ne paraît pas souhaitable à ce stade. L'administration gestionnaire doit rester responsable d'une décision dont l'avis de la commission n'est que l'un des paramètres.

Si la commission déclare l'activité compatible mais que l'administration a d'autres raisons, notamment liées aux nécessités du service qui ne relèvent pas de l'avis de la commission, de refuser la

mise en disponibilité, la formule «*sur avis conforme*» de la commission, proposée par l'Assemblée nationale, serait inopérante.

A contrario, une activité jugée incompatible par la commission peut apparaître, pour des motifs d'intérêt public et dans la mesure où elle ne serait pas passible des dispositions de l'article 432-13 du code pénal, de nature à contribuer au perfectionnement professionnel d'un fonctionnaire dont le service public pourrait bénéficier à l'issue de la disponibilité.

En ces matières, le rôle du législateur est d'affirmer le principe déontologique et de favoriser l'unification des pratiques. Il ne doit cependant pas substituer à la responsabilité de l'administration et à la décision des ministres, une commission dont la composition ne lui permet pas d'exercer de telles attributions.

*

* *

La commission des Lois, favorable à l'extension de la consultation obligatoire aux trois fonctions publiques, vous propose en revanche un amendement tendant à supprimer l'obligation pour l'administration de suivre l'avis de la commission.

Elle vous propose, en outre, un amendement de forme ayant pour objet d'insérer la rédaction prévue par l'article 3 du projet de loi, à l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 pour éviter que deux dispositions concurrentes ne coexistent.

Votre commission des Lois vous propose d'adopter l'article 3 du projet de loi sous réserve de ces deux amendements.

Article 4

Cas particulier des militaires ayant négocié des contrats d'armement

Cet article a été ajouté par l'Assemblée nationale sur amendement du rapporteur, M. Jean Rosselot et du Président de la Commission des Lois, M. Pierre Mazeaud.

Il complète l'article 35 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut des militaires pour préciser que les militaires, ayant notoirement et manifestement participé à la négociation de contrats d'armement avec des entreprises, ne pourront y avoir des intérêts de nature à compromettre leur indépendance tant qu'ils sont en activité et pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation des fonctions.

L'article 35 du statut prévoyait déjà cette interdiction pour les entreprises *«soumises à leur surveillance et à leur contrôle»*. Elle s'impose non seulement aux militaires de carrière, mais aussi aux officiers de réserve en activité (article 82 du statut) et aux engagés (article 94 du statut).

En outre, l'article 35 se réfère aux *«dispositions du code pénal»*, soit depuis le 1er mars 1994 à l'article 432-13 du code pénal dont la rédaction paraît répondre aux préoccupations des auteurs de cet article additionnel.

En effet, l'article 432-13, rappelons-le, étend l'interdiction à ceux ayant été chargés, à raison de leurs fonctions, non seulement *«d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée»* mais *«de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée»* ou *«d'exprimer (un) avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée»*.

Ces dispositions sont applicables aux militaires, tant en raison du rappel qu'en fait l'article 35, qu'en application de la règle générale posée par l'article 27 de leur statut qui les soumet *«à la loi pénale de droit commun»* et confirme que *«sans préjudice des sanctions pénales qu'elles peuvent entraîner, les fautes commises par les militaires les exposent à des punitions disciplinaires, (...) à des sanctions professionnelles»* et à des sanctions statutaires pouvant aller jusqu'à la radiation des cadres.

Le régime législatif applicable aux militaires apparaît donc comme tout aussi rigoureux que celui applicable aux

fonctionnaires et comme susceptible de sanctionner les abus éventuels décelés par les administrations compétentes.

En extrapolant à partir de la jurisprudence élaborée par la Cour de cassation sur l'article 175-1 de l'ancien code pénal, repris par l'article 432-13 du nouveau code pénal, il est difficile d'envisager qu'un militaire ayant «*notoirement et manifestement*», ou pas, «*participé à la négociation de contrats d'armement*» avec une entreprise privée, pourrait ne pas être passible de sanctions, s'il travaillait pour ladite entreprise.

Le dispositif législatif existe. Il reste aux administrations à l'appliquer lorsqu'elles détiennent les éléments des espèces leur paraissant en relever.

Au demeurant, la variété des relations pouvant s'établir entre un fonctionnaire, civil ou militaire, dans l'exercice de ses fonctions et une entreprise privée invite à préférer des formulations plus générales susceptibles de couvrir des hypothèses encore à venir.

La commission des Lois vous propose donc un amendement de suppression de l'article 4 dans la mesure où les préoccupations de ses auteurs lui paraissent, comme l'a laissé entendre le Gouvernement à l'Assemblée nationale, prises en compte par la législation actuelle.

*

* *

Sous le bénéfice de l'ensemble de ces observations et sous réserve des amendements qu'elle vous a présentés, votre commission des Lois vous propose d'adopter le présent projet de loi.

TABLEAU COMPARATIF

Texte de référence	Texte du projet de loi	Texte adopté par l'Assemblée nationale	Propositions de la Commission
<p>Loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public.</p>	<p>Article premier.</p>	<p>Article premier.</p>	<p>Article premier.</p>
<p>Art. 8. - (1ère phrase du 1er alinéa) Les statuts particuliers des corps d'inspection et de contrôle doivent prévoir la possibilité de pourvoir aux vacances d'emploi dans le grade d'inspecteur général ou de contrôleur général par décret en conseil des ministres sans condition autre que d'âge.</p>	<p>I. - La dernière phrase du premier alinéa de l'article 8 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public est ainsi rédigée :</p>	<p>I. - Sans modification</p>	<p>I. - Alinéa sans modification</p>
<p>(2nde phrase du 1er alinéa) La proportion des emplois ainsi pourvus ne peut être inférieure au cinquième ni supérieure au quart des emplois vacants.</p>	<p>«La proportion des emplois ainsi pourvus doit être égale au cinquième des emplois vacants.»</p>		<p>«La proportion des emplois pouvant être ainsi pourvus ne peut être supérieure au cinquième vacants.»</p>

Texte de référence

Texte du projet de loi

Texte adopté par l'Assemblée nationale

Propositions de la Commission

Néanmoins, pour ceux des corps d'inspection et de contrôle qui figurent sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat, les nominations prononcées au titre de l'alinéa précédent ne peuvent intervenir qu'après consultation d'une commission chargée d'apprécier l'aptitude des intéressés à exercer les fonctions d'inspecteur général ou de contrôleur général. Les conclusions de la commission sont communiquées à toute personne qui en fait la demande. La composition et les modalités de fonctionnement de la commission sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

II. - Après la deuxième phrase du deuxième alinéa du même article, il est inséré une phrase ainsi rédigée :

«Le sens de l'avis de la commission sur les nominations prononcées est rendu public.»

I bis (nouveau). - La première phrase du deuxième alinéa du même article est complétée par les mots : «en tenant compte de leurs fonctions antérieures et de leur expérience».

II. - Alinéa sans modification

«Le texte intégral de l'avis de la commission sur les nominations prononcées est publié au Journal officiel en même temps que l'ordre de nomination.»

III (nouveau). - Le même article est complété par un alinéa ainsi rédigé :

... - *Le début de la première phrase du deuxième alinéa du même article est ainsi rédigé :*

«Néanmoins, à l'exception des nominations dans les corps de l'inspection générale des finances, de l'inspection générale de l'administration et de l'inspection générale des affaires sociales, les nominations prononcées au titre de l'alinéa précédent ... (le reste sans changement).»

I bis (nouveau). - ...

... compte en particulier de leurs fonctions ...
...expérience».

... - *La deuxième phrase du deuxième alinéa du même article est supprimée.*

II. - Alinéa sans modification

«Le sens de l'avis ...

... officiel.»

III (nouveau). - Alinéa sans modification

Texte de référence

Texte du projet de loi

Texte adopté par
l'Assemblée nationale

Proposition de la
Commission

«Toute modification des dispositions des statuts particuliers relatives au tour extérieur a pour effet de rouvrir un nouveau cycle de nominations. Dans ce cycle, la première vacance doit être nécessairement pourvue par la voie interne.»

«Toute ...

... extérieur ne peut donner lieu à application avant un délai de six mois suivant sa publication et a pour effet ...

... interne.»

Art. 2.

Art. 2.

Art. 2.

I. - Les nominations au tour extérieur dans les grades de conseiller d'Etat, de maître des requêtes au Conseil d'Etat, de conseiller maître à la Cour des comptes, de conseiller référendaire à la Cour des comptes, d'inspecteur général des finances, d'inspecteur général de l'administration et d'inspecteur général des affaires sociales ne peuvent être prononcées qu'après avis, chacun pour ce qui le concerne, du vice-président du Conseil d'Etat, du premier président de la Cour des comptes, du chef de l'inspection générale des finances, du chef de l'inspection générale de l'administration et du chef de l'inspection générale des affaires sociales.

Sans modification

I. - Alinéa sans modification

Cet avis tient compte des fonctions antérieurement exercées par l'intéressé, de son expérience et des besoins du corps, exprimés annuellement par le chef de celui-ci ; le sens de l'avis est rendu public.

Cet avis tient compte en particulier des fonctions ...

... avis sur les nominations prononcées est publié au Journal officiel.

Texte de référence

Loi n° 82-595 du 10 juillet 1982 relative aux présidents des chambres régionales des comptes et au statut des membres des chambres régionales des comptes.

Art. 21. - Les présidents de chambre régionale des comptes sont nommés soit parmi les magistrats appartenant déjà à la Cour des comptes au moment de leur candidature, soit parmi les membres des chambres régionales des comptes, après inscription sur une liste d'aptitude établie par le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes.

I. - Sur six vacances de présidence de chambre régionale des comptes, deux nominations au moins sont prononcées parmi les membres du corps des magistrats des chambres régionales des comptes jusqu'à ce que le nombre total des présidents de chambre régionale des comptes en fonctions comprenne un tiers au moins des magistrats issus de ce corps.

Texte du projet de loi

L'avis sur une nomination prononcée est communiqué à toute personne qui en fait la demande.

Les dispositions précédentes ne s'appliquent ni aux nominations aux grades de conseiller d'Etat et de maître des requêtes prononcées en application de la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ni aux nominations au grade de conseiller référendaire prononcées en application de l'article 21 de la loi n° 82-595 du 10 juillet 1982 relative aux présidents des chambres régionales des comptes et au statut des membres des chambres régionales des comptes.

Texte adopté par l'Assemblée nationale

Propositions de la Commission

Alinéa supprimé

Alinéa sans modification

Texte de référence

Texte du projet de loi

**Texte adopté par
l'Assemblée nationale**

**Propositions de la
Commission**

Lorsque cette condition se trouve remplie, les nominations suivantes sont prononcées soit parmi les magistrats de la Cour des comptes, soit parmi ceux du corps des chambres régionales des comptes, de telle sorte qu'un tiers au moins et deux tiers au plus des présidences de chambre régionale des comptes soient effectivement occupées par des magistrats de l'une ou l'autre origine.

II. - Peuvent être inscrits sur la liste d'aptitude aux fonctions de président de chambre régionale des comptes les présidents de section et les conseillers hors classe âgés de quarante-cinq ans au moins et justifiant d'un minimum de quinze années de services publics.

Les magistrats choisis pour exercer les fonctions de président de chambre régionale des comptes sont nommés conseillers référendaires de 1^{ère} classe à la Cour des comptes.

Les conditions d'âge et de durée de services publics exigées ci-dessus sont appréciées au 1^{er} janvier de l'année au cours de laquelle la liste d'aptitude est établie.

III. - Ces nominations à la Cour des comptes sont prononcées hors tour. Dans le cas où elles interviendraient en surnombre, ces surnombres seront résorbés sur les premières vacances venant à s'ouvrir dans le référendariat de première classe.

Texte de référence

Texte du projet de loi

**Texte adopté par
l'Assemblée nationale**

**Propositions de la
Commission**

IV. — Dès leur nomination en qualité de magistrat de la Cour des comptes, les membres du corps des magistrats des chambres régionales des comptes reçoivent une première affectation en qualité de président d'une chambre régionale des comptes. Ils sont tenus d'exercer les fonctions de président de chambre régionale des comptes pendant cinq ans au moins, sauf cas de force majeure constaté et reconnu par le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes et sous réserve des dispositions relatives à la limite d'âge.

Loi du 16 mai 1941 relative à l'organisation de la Cour des comptes.

Art. 4. — Les trois quarts des postes vacants parmi les conseillers référendaires de 2^{ème} classe sont attribués à des auditeurs de 1^{ère} classe.

En dehors des auditeurs de première classe, nul ne peut être nommé conseiller référendaire de deuxième classe s'il n'est âgé de trente-cinq ans au moins à la date de nomination et s'il ne justifie de dix ans de services publics ou de services dans un organisme relevant du contrôle de la Cour des comptes.

II. — A l'article 4 de la loi du 16 mai 1941 relative à l'organisation de la Cour des comptes, il est inséré un avant-dernier alinéa ainsi rédigé :

II. — Alinéa sans modification

Texte de référence

Texte du projet de loi

Texte adopté par l'Assemblée nationale

Propositions de la Commission

«Les nominations prononcées en application de l'alinéa précédent ne peuvent intervenir qu'après que les candidats ont été reconnus aptes à exercer les fonctions de conseiller référendaire par un comité de sélection siégeant auprès du premier président de la Cour des comptes. Les conditions de la publicité donnée aux vacances de postes ainsi que la composition et les modalités de fonctionnement du comité de sélection sont fixées par décret en Conseil d'Etat.»

«Les ...

... qu'après qu'une commission siégeant auprès du premier président de la Cour des Comptes a émis un avis sur l'aptitude des candidats à exercer les fonctions de conseiller référendaire. Les conditions ...

... fonctionnement de la commission sont fixées par décret en Conseil d'Etat.»

Il ne peut être procédé à ces nominations qu'après avis du Premier président de la Cour des comptes délibérant avec les présidents de chambre et du procureur général.

Art. 2 bis (nouveau).

Art. 2 bis (nouveau).

Le statut particulier du corps des sous-préfets peut prévoir la possibilité de nommer au grade de sous-préfet de deuxième classe, des personnes remplissant les conditions générales d'accès à la fonction publique et vérifiant des conditions d'âge minimum et de diplôme déterminées par ce statut particulier.

Le...

... publique et les conditions

... particulier.

Le nombre de sous-préfets de deuxième classe nommés en application des dispositions du présent article ne peut excéder deux par période de deux ans, dans la limite du dixième des vacances d'emploi.

Alinéa sans modification

Texte de référence	Texte du projet de loi	Texte adopté par l'Assemblée nationale	Propositions de la Commission
<p>Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.</p>	<p>Art. 3.</p>	<p>Les candidatures sont examinées par une commission chargée d'apprécier l'aptitude des intéressés à servir dans le corps des sous-préfets. La composition et le fonctionnement de la commission sont déterminés par décret en Conseil d'Etat. Le sens de l'avis de la commission sur les nominations prononcées est rendu public.</p> <p>L'avis sur une nomination prononcée est communiqué à toute personne qui en fait la demande.</p>	<p>Les ...</p> <p>... sous-préfets en tenant compte en particulier de leurs fonctions antérieures et de leur expérience. La composition ...</p> <p>... prononcées est publiée au Journal officiel.</p>
<p>Art. 87. - Pour l'application des dispositions prévues à l'article 72 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique de l'Etat, à l'article 95 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale et à l'article 90 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière, les administrations peuvent consulter une commission chargée d'apprécier la compatibilité avec leurs fonctions précédentes des activités que sou-</p>	<p>La dernière phrase du premier alinéa de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques est remplacée par les dispositions suivantes :</p>	<p>Art. 3.</p> <p>Alinéa supprimé</p>	<p>Art. 3.</p> <p>L'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques est ainsi rédigé :</p> <p>Alinéa sans modification</p>
	<p>«Au sein de la fonction publique de l'Etat, les administrations sont tenues de consulter la commission. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article.»</p>	<p>Au sein de chacune des trois fonctions publiques, il est institué une commission qui est obligatoirement consultée par les administrations pour l'application des dispositions prévues à</p>	

Texte de référence	Texte du projet de loi	Texte adopté par l'Assemblée nationale	Propositions de la Commission
<p>naient exercer en dehors de leur administration des fonctionnaires devant cesser ou ayant cessé définitivement leurs fonctions par suite de la radiation des cadres, ou devant être placés ou ayant été placés en position de disponibilité. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application de cet article.</p>		<p>l'article 72 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, à l'article 95 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et à l'article 90 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.</p>	
<p>Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.</p>		<p>Les commissions instituées à l'alinéa précédent sont chargées d'apprécier la compatibilité avec leurs fonctions précédentes des activités que souhaitent exercer en dehors de leur administration des fonctionnaires devant cesser ou ayant cessé définitivement leurs fonctions par suite de leur radiation des cadres ou devant être placés en position de disponibilité. <i>La décision de l'administration d'origine du fonctionnaire est prise après avis conforme de chacune de ces commissions.</i></p>	<p>Les ...</p> <p>... disponibilité.</p>
<p><i>Art. 72. - Un décret en Conseil d'Etat définit les activités privées qu'en raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui a été mis en disponibilité ne peut exercer. S'agissant des fonctionnaires ayant cessé définitivement leurs fonctions, il peut prévoir que cette interdiction sera limitée dans le temps.</i></p>		<p>Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article.</p>	<p>Alinéa sans modification</p>
<p>En cas de violation de l'une des interdictions prévues au présent article, le fonctionnaire retraité peut faire l'objet de retenue sur pension et, éventuellement, être déchu de ses droits à pension après avis du conseil de discipline du corps auquel il appartenait.</p>			

Texte de référence

Texte du projet de loi

**Texte adopté par
l'Assemblée nationale**

**Propositions de la
Commission**

Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

Art. 95. - Un décret en Conseil d'Etat définit les activités privées qu'en raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui a été mis en disponibilité ne peut exercer. S'agissant des fonctionnaires ayant cessé définitivement leurs fonctions, il peut prévoir que cette interdiction sera limitée dans le temps.

En cas de violation de l'une des interdictions prévues à l'alinéa précédent, le fonctionnaire retraité peut faire l'objet de retenue sur pension et, éventuellement, être déchu de ses droits à pension après avis du conseil de discipline.

Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

Art. 90. - Un décret en Conseil d'Etat définit les activités privées qu'en raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui a été mis en disponibilité ne peut exercer. S'agissant des fonctionnaires ayant cessé définitivement leurs fonctions, il peut prévoir que cette interdiction sera limitée dans le temps.

Texte de référence

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

Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires.

Art. 35. - Les militaires de carrière en activité ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Les conditions dans lesquelles il peut être exceptionnellement dérogé à cette interdiction sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Conformément aux dispositions du Code pénal, les militaires de carrière ne peuvent avoir par eux-mêmes ou par personne interposée, sous quelque forme que ce soit, tant qu'ils sont en activité et pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation des fonctions, dans les entreprises soumises à leur surveillance ou à leur contrôle, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance.

Texte du projet de loi

Texte adopté par l'Assemblée nationale

Propositions de la Commission

Art. 4 (nouveau).

Dans le deuxième alinéa de l'article 35 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, après les mots : « leur contrôle », sont insérés les mots : « ou avec lesquelles ils ont notoirement et manifestement participé à la négociation des contrats d'armement ».

Art. 4 (nouveau).

Supprimé

Texte de référence

Lorsque leur conjoint exerce une activité professionnelle, déclaration doit en être faite à l'autorité militaire qui prend, s'il y a lieu, les mesures propres à sauvegarder les intérêts du service.

Code pénal

Art. 432-13.- Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public ou agent ou préposé d'une administration publique, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit d'exprimer

son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de cette fonction.

Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux, dans une entreprise privée qui possède au moins 30 p. 100 de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées à l'alinéa qui précède.

Texte du projet de loi

**Texte adopté par
l'Assemblée nationale**

**Propositions de la
Commission**

Texte de référence

Texte du projet de loi

**Texte adopté par
l'Assemblée nationale**

**Propositions de la
Commission**

—
Au sens du présent article, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises nationalisées, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 p. 100 du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.

L'infraction n'est pas constituée en cas de participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par évolution successorale.

ANNEXE

Décret n° 87-138 du 2 mars 1987 relatif aux modalités de recrutement de certains corps d'inspection de la fonction publique de l'Etat

Art. 1^{er}. - Les corps d'inspection mentionnés au second alinéa de l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984 susvisée sont ceux figurant sur la liste annexée au présent décret.

Art. 2. - La commission prévue à l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984 susvisée est présidée par un membre ou ancien membre du Conseil d'Etat ayant au moins le grade de conseiller d'Etat nommé sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat. Elle comprend un magistrat ou ancien magistrat de la Cour des comptes ayant au moins le grade de conseiller maître à la Cour des comptes, nommé sur proposition du premier président de la Cour des comptes ainsi que le directeur général de l'administration et de la fonction publique.

Siègent également à la commission le chef du service d'inspection générale concerné ou, s'il n'existe par un tel emploi, un inspecteur général désigné par le ministre qui a autorité sur le corps ainsi qu'un inspecteur général élu au scrutin uninominal à un tour par les inspecteurs généraux du corps concerné en position d'activité ou de détachement. En cas d'égalité de voix, le plus âgé est déclaré élu.

La commission comprend enfin un directeur d'administration centrale nommé sur proposition du ministre qui a autorité sur le corps concerné après accord, le cas échéant, du ministre dont relève ce directeur d'administration centrale.

En cas de partage égal des voix, la voix du président est prépondérante.

Art. 3. - Les membres de la commission sont nommés par le ministre chargé de la fonction publique.

A l'exception du directeur général de l'administration et de la fonction publique et du chef de service mentionné à l'article précédent, les membres de la commission sont nommés pour trois ans. Le mandat du président et celui du magistrat de la Cour des comptes ne sont pas renouvelables.

En cas de vacance en cours de mandat, le remplaçant est nommé pour la durée du mandat restant à courir.

Art. 4. - Le directeur général de l'administration et de la fonction publique et le chef de service mentionné à l'article 2 sont suppléés respectivement par le chef de service à la direction générale de l'administration et de la fonction publique et par un inspecteur général nommé sur proposition du ministre ayant autorité sur le corps concerné.

Les autres membres sont suppléés par des membres suppléants nommés dans les mêmes conditions que celles prévues pour les titulaires.

Art. 5. - Les membres titulaires et suppléants de la commission perdent leur qualité de membres en même temps que les fonctions qui les ont fait désigner.

Art. 6. - Le secrétariat de la commission est assuré par la direction générale de l'administration et de la fonction publique.

Art. 7. - Le ministre sous l'autorité duquel est placé le corps d'inspection concerné transmet au secrétariat de la commission sa proposition accompagnée d'un dossier contenant tous éléments permettant à cette dernière d'apprécier l'aptitude des intéressés à exercer les fonctions correspondant à l'emploi susceptible d'être pourvu en application des dispositions de l'article 8 de la loi susvisée du 13 septembre 1984.

Art. 8. - La commission délibère valablement lorsque quatre au moins de ses membres sont présents à l'ouverture de la réunion.

Art. 9. - Le Premier ministre, le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, le ministre de la culture et de la communication, le ministre de l'intérieur, le ministre de l'équipement, du logement, de l'aménagement du territoire et des transports, le ministre de l'éducation nationale, le ministre des affaires sociales et de l'emploi, le ministre de l'industrie, des P. et T. et du tourisme, le ministre de l'agriculture, le ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé de la fonction publique et du Plan, le ministre délégué auprès du ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, chargé du budget, le ministre délégué auprès du ministre de l'industrie, des P. et T. et du tourisme, chargé des P. et T., le secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre, chargé de la jeunesse et des sports, le secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'industrie, des P. et T. et du tourisme, chargé du tourisme, et le secrétaire d'Etat aux anciens combattants sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel de la République Française*.

ANNEXE

Corps de l'inspection générale des archives.

Corps de l'inspection générale de l'administration des affaires culturelles.

Corps de l'inspection générale de l'administration au ministère de l'intérieur.

Corps des inspecteurs généraux de l'équipement.

Corps des inspecteurs généraux de la construction.

Corps de l'inspection générale des bibliothèques.

Corps de l'inspection générale de l'administration de l'éducation nationale.

Corps de l'inspection générale des affaires sociales

Corps de l'inspection générale du commerce et de l'industrie.

Corps des inspecteurs généraux des postes et télécommunications.

Corps de l'inspection générale du tourisme.

Corps de l'inspection générale de l'agriculture.

Corps de l'inspection générale de la jeunesse et des sports.

Corps de l'inspection générale du ministère des anciens combattants et victimes de guerre.

17 janvier 1991

DECRET n. 91-109 pris pour l'application de l'article 72 de la loi n. 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

Art. 1^{er}. — L'interdiction prévue à l'article 72 de la loi du 11 janvier 1984, en ce qui concerne les fonctionnaires ayant cessé définitivement leurs fonctions par suite de la radiation des cadres ou ayant été placés en position de disponibilité, s'applique :

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

a) Soit de la surveillance ou du contrôle de cette entreprise ;

b) Soit de la passation, au nom de l'Etat, de marchés ou contrats avec cette entreprise ou de l'expression d'un avis sur de tels marchés ou contrats.

Ces dispositions s'appliquent également aux activités susceptibles d'être exercées dans toute entreprise possédant avec une des entreprises précitées au moins 30 % de capital commun ou ayant conclu avec elle un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait.

2^o Aux activités lucratives, salariées ou non, dans un organisme ou une entreprise privés et aux activités libérales, lorsque, par leur nature ou leurs conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé, ces activités compromettraient le fonctionnement normal du service ou mettraient en cause l'indépendance ou la neutralité du service auquel il appartenait, ou porteraient atteinte à la dignité des anciennes fonctions.

Les interdictions mentionnées ci-dessus persistent pendant la durée de la disponibilité et, dans les autres cas, pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation des fonctions justifiant l'interdiction.

Art. 2. — Le fonctionnaire qui se propose d'exercer une activité privée après la cessation définitive de ses fonctions est tenu d'en informer son administration d'origine.

Tout changement d'activité pendant le délai de cinq ans prévu au dernier alinéa de l'article 1^{er} est porté par l'intéressé à la connaissance de son administration d'origine.

En cas d'exercice d'une activité mentionnée à l'article 1^{er} le ministre dispose d'un délai de deux mois pour notifier à l'intéressé que cette activité n'est pas compatible avec les obligations qui s'imposent à lui.

Art. 3. — Lorsque le fonctionnaire qui demande à être placé en disponibilité se propose d'exercer une activité mentionnée à l'article 1^{er}, le ministre dispose d'un délai de deux mois pour notifier à l'intéressé que cette activité n'est pas compatible avec les obligations qui s'imposent à lui.

Tout changement d'activité en cours de disponibilité est porté à la connaissance du ministre.

En cas de changement d'activité aboutissant à l'exercice d'une activité mentionnée à l'article 1^{er}, le ministre dont relève l'intéressé dispose d'un délai de deux mois pour notifier à l'intéressé que cette activité n'est pas compatible avec les obligations qui s'imposent à lui.

Art. 4. — Le silence de l'administration pendant le délai de deux mois prévu aux articles 2 et 3 ci-dessus vaut reconnaissance par le ministre de la compatibilité de l'exercice par le fonctionnaire de l'activité privée dont il s'agit avec les dispositions de l'article 1^{er} ci-dessus.

Art. 5. — Une commission placée auprès du ministre chargé de la fonction publique peut être consultée sur la compatibilité de l'activité projetée avec les fonctions précédemment exercées par l'intéressé.

Toute décision notifiant l'incompatibilité d'une activité privée lucrative doit être précédée de la consultation de cette commission.

Cette commission, présidée par un conseiller d'Etat, comprend en outre :

1^o Deux personnalités qualifiées ;

2^o Le directeur général de l'administration et de la fonction publique ;

3^o Le directeur du personnel du ministère dont relève le corps ou le chef du corps auquel appartient l'intéressé ;

4^o Le cas échéant, le directeur auprès duquel l'intéressé exerçait ses fonctions.

Le conseiller d'Etat, président, et les deux personnalités qualifiées sont nommés, pour trois ans, par décret en conseil des ministres pris sur proposition du ministre chargé de la fonction publique.

Art. 6. — Lorsque le ministre saisit la commission, il en informe l'intéressé et lui communique la saisine. Le fonctionnaire est, sur sa demande, entendu par la commission. Il peut se faire assister par toute personne de son choix.

L'avis de la commission est transmis par le ministre à l'intéressé.

Art. 7. — La commission peut recueillir auprès des personnes publiques et privées les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Art. 8. — Un rapporteur général, et le cas échéant, des rapporteurs, choisis parmi les membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes ou des corps d'inspection générale, nommés par arrêté du ministre chargé de la fonction publique, sont adjoints à la commission avec voix consultative pour les affaires qui leur sont confiées.

Art. 9. — Les dispositions du présent décret ne s'appliquent pas à la création d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques.

Art. 10. — Le présent décret s'applique aux agents diplomatiques ou consulaires de catégorie A sans préjudice des dispositions du décret n. 84-1127 du 7 décembre 1984.