



HAL
open science

Les incompatibilités dans la fonction publique.

Jérôme Biart

► **To cite this version:**

Jérôme Biart. Les incompatibilités dans la fonction publique.. Droit. Université Sorbonne Paris Cité, 2015. Français. <NNT : 2015USPCD024>. <tel-01523930>

HAL Id: tel-01523930

<https://theses.hal.science/tel-01523930v1>

Submitted on 17 May 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

**UNIVERSITÉ DE PARIS XIII
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES**

Thèse
pour l'obtention du grade de
Docteur en droit public

LES INCOMPATIBILITÉS DANS LA FONCTION PUBLIQUE

Présentée et soutenue publiquement le 6 mai 2015 par

JÉRÔME BIART

Directeur de thèse : M. ÉRIC DESMONS

JURY :

M. CLÉMENT CHAUVET, Professeur de droit public à l'Université de Brest -
Rapporteur

M. ÉRIC DESMONS, Professeur de droit public à l'Université Paris XIII - Directeur de
recherche

M. FRANCK LAFFAILLE, Professeur de droit public à l'Université Paris XIII -
Président du Jury

M. JEAN-PAUL MARKUS, Professeur de droit public à l'Université de Versailles-
Saint-Quentin-en-Yvelines - Rapporteur

La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Demain je vais devoir rendre un travail de plusieurs années. Ce moment je l'ai souvent rêvé et cette nuit, pensant au travail accompli, je me dois de remercier ceux qui m'ont encouragé et soutenu. Une page pour dire merci !

Mes plus sincères remerciements sont d'abord pour mon Directeur de thèse, Monsieur le Professeur Éric Desmons, pour son indéfectible soutien, sa compréhension et son implication. Sans lui cette thèse n'aurait pas abouti.

J'adresse ma profonde reconnaissance aux membres du jury qui me font l'honneur de leur présence.

De contentieux en réquisitoires définitifs, de reconstitutions en rencontres heureuses, un grand merci aux magistrats du parquet de Créteil, et plus particulièrement à : Gaëlane Pelen, Martine Mazé-Barthot, Myriam Quéméner et Nicolas Heitz. Du côté de la "*Défense*" je n'oublie pas Maîtres Gilda Licata et Richard Jonemann.

Je tiens également à saluer et à exprimer toute ma sympathie à Madame Claudine Moutardier et Madame Sandrine Caron de l'Université de Paris XIII.

Je remercie le Professeur Eric Naim-Gesbert pour ses conseils avisés et Christine de Clinchamps pour ses précieuses observations.

Mes amis seront aussi remerciés : Chiara et Francesco Donà Dalle Rose, Johanna Fayard, Aély de Clinchamps et Damien Huysentruyt, Aldric de Clinchamps, Anne Brumauld, Alex Prigent, Alexis Kotas, Audrey Zarka, Béatrice Vergniault, Cécile et Aymeric Guinard, Christophe Telle, Colomba Olivieri, Dona Ross, David Mosseri, Éodie Noirot, Emma Doré, Fabrice Chérel, Fabrice Laffont, Fanny Lamalle, Fouzia Benachenhou, Gabrielle de la Ville-Baugé, Gaëlle Delsaut, Gaspard Jalon, Georgia et Louis Vicat, Gwenaël kerbrat, Isabelle Pensotti, Kim pea, Laetitia Olivieri et Julien de Panafieu, Ludivine Brehier, Mathias Rohart, Mathilde Le Chevalier, Marc Jakarajah, Michael Bacor, Morgane Gani, Nataliya et Jean-Charles Delahaye, Nathalie Duneau, Nathalie et Jean Rousset, Nicolas et Romain Fayard, Nicolas Krauthamer, Patrick Dagommer, Sarah Mattei, Sophie Lucas, Sophie Lhéritier, Sylvie Bort, Tanneguy Worth, Virginie Lagorsse, Willy Mogade-Saint Auret, Zeina et David Chenina ...

Je remercie ma famille pour m'avoir accompagné et soutenu, et plus particulièrement ma mère, ainsi que mon frère, Solange et Xavier Rouby, Alix Rouby-Wiest. Une pensée à mon filleul, Augustin Cauvin-Louërat, ses deux grandes sœurs, Inès et Diane, et leurs parents Isabelle et Frédéric.

À mon père, Michel Biart

Les incompatibilités dans la fonction publique

Afin d'éviter toute activité, fonction ou situation privée incompatible avec l'emploi public, le droit de la fonction publique s'inscrit dans un régime strict des prohibitions. Notre étude consiste à identifier les contraintes normées, générales et impersonnelles, et celles qui sont d'inspirations communes mais traduites différemment grâce à l'apport de la composante déontologique, les « *incompatibilités fonctionnelles* ».

Nous précisons aussi les nouvelles hypothèses d'un possible aménagement de l'emploi public avec d'autres activités et les nouvelles règles dans la manière de prendre ses distances avec son service (*le pantouflage*).

Enfin, comme il n'y a pas de réglementation professionnelle sans contrôle de son respect et sans sanction de sa violation, nous étudions les dispositifs préventifs et répressifs.

Mots clés : incompatibilités, fonction publique, emploi public, statut de la fonction publique, contractuel, cumul d'activités, cumul de fonctions, situations incompatibles, obligation de désintéressement, prohibitions, pantouflage.

The incompatibilities of the civil service

In order to avoid that any activity, service or private situation constituting an incompatibility with the public employment, the law on civil service is based on a strict regime of prohibitions. Therefore, our study consists on identifying standard, general, impersonal constraints, as well as constraints which despite being of common inspirations, have a different reflection with the contribution of the ethical component called « *the functional incompatibilities* ».

Additionally, we will precise the new assumptions of a possible modulation of the public employment along with other activities, and the new rules that govern the way distance can be taken with once service (*the revolving door*).

Finally, and since no professional regulation exist without the control of its application and the sanctions of its violation, we will study the relevant preventive and punitive system.

Keywords: incompatibilities, civil service, public employment, Status of public employees, contractual, additional activities, plurality of functions, conflict situations, obligation of detachment, prohibitions, revolving door.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Juridictions

CA	: Cour d'appel
CAA	: Cour administrative d'appel
C. Cass.	: Cour de cassation
Cass. civ. crim. Soc.	: Cour de cassation, chambres civiles, criminelles ou sociales.
C.E. (A), (AG), (S)	: Conseil d'état (Assemblée du contentieux), (Assemblée générale), (section du contentieux)
CEDH	: Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	: Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes
CC	: Décision du Conseil constitutionnel
TA	: Tribunal administratif
TC	: Tribunal des conflits
T. cor.	: Tribunal correctionnel

Périodiques

AJDA	: Actualité juridique – Droit administratif
AJFP	: Actualité Juridique - Fonction Publique
AJCT	: Actualité juridique- Collectivités territoriales
CFPA	: Les cahiers de la fonction publique et de l'administration
Dal.	: Dalloz
Dr. adm	: Revue mensuelle du Jurisclasseur- Droit administratif
Dr. soc.	: Droit social
E.C.T.	: Encyclopédie des collectivités territoriales
Gaz. Pal.	: Gazette du palais
JO (JORF)	: Journal officiel (Journal officiel de la République française)
JCP (A) (G)	: La semaine juridique. JurisClasseur périodique (Adm.)(éd. Générale)
RDA (ou RFDA)	: Revue française de Droit Administratif
RDC	: Revue trimestrielle de droit civil
RDP	: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RSC	: Revue de science criminelle et de droit comparé
LPA	: Les petites affiches

Éditions

CNRS	: Centre national de la recherche scientifique
La Doc. fr.	: La documentation française
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence (Dalloz)
PUF	: Presses universitaires de France

Autres abréviations

Adm.	: Administration
AG	: Assemblée générale
Al.	: Alinéa
AN	: Assemblée nationale
Art.	: Article
BNF	: Bibliothèque nationale de France
C. civ.	: Code civil
C. pén.	: Code pénal
C. trav.	: Code du travail
Chap.	: Chapitre
Chron.	: Chronique
Cf.	: Confère
Coll.	: Collection

Comm.	: Commentaire
Concl.	: Conclusions (du commissaire du Gouvernement)
Cons. constit.	: Conseil constitutionnel
CPP	: Code de procédure pénale
Circ.	: Circulaire
D	: Décret
Déc.	: Décision
DDHC	: Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789
DGAP	: Direction générale de l'administration de la fonction publique
D-L	: Décret-loi
Éd.	: Édition
EDCE	: Études et documents du Conseil d'État
ENA	: École nationale de l'Administration
ENM	: École nationale de la magistrature
FP(E), (T), (H)	: Fonction publique (de l'État), (territoriale), (hospitalière)
GAJA	: Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GVT	: Gouvernement
JO	: Journal officiel
JOAN	: Journal officiel de l'Assemblée Nationale
JORF	: Journal officiel de la République française
L.	: Loi
Leb.	: Recueil Lebon
La doc. fr.	: La documentation française
L.O.	: Loi organique
Min.	: Ministère (ou ministre)
Mod.	: Modifié(e)
N°	: Numéro
Obs.	: Observation
Ord.	: Ordonnance
P.	: Page
PFRLR	: Principe fondamental reconnu par les lois de la République
PM.	: Premier ministre
Préf.	: Préface
Préc.	: précité(e)
Q.	: Question
Rééd.	: Réédition
Rec.	: Recueil Lebon
Rép. min.	: Réponse ministérielle
Req.	: Requête
Suiv.	: Suivant
T.	: Tome
Vol.	: Volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE LES SPÉCIFICITÉS DES INCOMPATIBILITÉS

TITRE I LES FONDEMENTS DES INCOMPATIBILITÉS

CHAPTIRE I- LA CONTRAINTE STATUTAIRE

CHAPITRE II- LA CONTRAINTE MORALE

TITRE II LE DOMAINE DES INCOMPATIBILITÉS

CHAPTIRE I- L'INCIDENCE DU STATUT SUR L'EXERCICE DES FONCTIONS

CHAPITRE II- L'INCIDENCE DES FONCTIONS EN MARGE DE L'ACTIVITÉ
PROFESSIONNELLE

DEUXIÈME PARTIE L'ENCADREMENT DES INCOMPATIBILITÉS

TITRE I LA NOUVELLE ARTICULATION DU RÉGIME DES INCOMPATIBILITÉS

CHAPTIRE I- LES CONCILIATIONS DU DROIT DÉROGATOIRE DES CUMULS

CHAPITRE II- LE RENFORCEMENT DU CONTRÔLE DES ACTIVITÉS

TITRE II LES SANCTIONS CONTRE L'AGENT PUBLIC EN SITUATION D'INCOMPATIBILITÉ

CHAPTIRE I- LES SANCTIONS INTERNES À L'ADMINISTRATION

CHAPITRE II- LES SANCTIONS EXTERNES À L'ADMINISTRATION

INTRODUCTION

Ce serait par l'exacte compréhension de sa mission d'intérêt général que la fonction publique « revêt à tous les yeux ou bien le caractère de l'exemple, ou bien celui du scandale »¹. Cinquante ans après, les mots de Charles de Gaulle gardent leur pertinence, tant il est vrai que dans toute grande société moderne, rien ne peut se faire sans confiance. La question de la représentation n'est pas passée de mode, elle continue de s'imposer au débat démocratique. Tandis que des rapports² sont rédigés et des commissions d'enquête³ sont créées pour identifier tout dysfonctionnement, le législateur s'emploie, dans son pouvoir de dire le droit, à assurer et garantir une meilleure pratique déontologique⁴.

Dans cette exigence d'exemplarité, les représentants sont entendus au sens large, c'est-à-dire qu'on associe aux élus les agents publics ; d'autant que ces derniers représentent une part importante de l'emploi en France⁵ et un coût pour la collectivité⁶.

¹ C. De Gaulle, Allocution radiodiffusée et télévisée, Palais de l'Élysée, 8 mai 1961, *Discours et Messages*, Tome III : *Avec le renouveau (1958-1962)*, Paris, Plon, 1970, p. 310.

² Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique : *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, 26 janv. 2011 ; Rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique : *Pour un renouveau démocratique*, nov. 2012 ; Rapport sur l'exemplarité des responsables publics : *Renouer la confiance publique*, janv. 2015.

³ Commission d'enquête relative aux éventuels dysfonctionnements dans l'action du gouvernement et des services de l'État dans la gestion d'une affaire qui a conduit à la démission d'un membre d'un gouvernement, 2013.

⁴ L. n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique.

⁵ Si l'on s'en tient au rapport annuel sur l'état de la fonction publique, dont l'objet est de donner une vision d'ensemble de la réalité des trois fonctions publiques, l'emploi public représente 20,4 % de l'emploi total en France. Cela concerne « les agents employés, sous des statuts divers, par les services civils et militaires de l'État, les conseils régionaux, les conseils généraux, les communes, les établissements publics nationaux et locaux à caractère administratif, les hôpitaux publics, les maisons de retraite et les autres établissements publics sociaux et médico-sociaux ». Cela représente, toujours selon ce rapport, dans une approche « économique » (càd, Comptabilité nationale qui inclue les organismes privés à financement public) 6,081 millions de personnes en métropole et dans les départements d'Outre-mer fin 2009. L'approche « juridique » qui ne retient que les agents

Aussi, pour éviter quelques mécomptes, pour que les français continuent de juger les « *fonctionnaires* [et les non titulaires⁷] » « *honnêtes* », « *compétents* » et « *au service du public* »⁸, il incombe à tout agent public, titulaire ou contractuel, d'éviter tout comportement qui pourrait venir remettre en cause ce jugement favorable. Travailler pour l'administration reste un travail à part, à nul autre pareil, en raison des spécificités du droit de la fonction publique qui est par nature un droit du déséquilibre qui confère, au nom de la satisfaction de l'intérêt général, des pouvoirs et des prérogatives particulières dans l'action administrative. Dès lors, toute recherche d'un profit illicite dans l'exercice de son activité publique, ou en dehors du service, ou tout comportement pouvant porter déconsidération sont à éviter en ce qu'ils seraient coupable dans l'inconscient collectif. « *Le poids de l'administration dans la société est tel que la manière dont elle respecte sa propre déontologie influence le respect du droit dans la société toute entière* »⁹ ; aussi, elle ne peut être qu'au service du seul intérêt qui compte : l'intérêt général. Le régime des incompatibilités ne vise que cela : éviter tout conflit d'intérêts ou tout comportement qui pourrait porter préjudice à l'administration et par voie de conséquence en affaiblir son autorité.

Au sens strict, l'incompatibilité est « *l'impossibilité légale d'avoir certaines activités, certaines fonctions ou situations privées* »¹⁰. Appliquée à la fonction publique, les incompatibilités s'apprécient à travers la notion générale de désintéressement, qui permet d'y inclure celle d'indépendance et de loyauté, et se règlent par une articulation statutaire, réglementaire et légale, où la norme pénale vient corriger les abus les plus

travaillant dans la fonction publique stricto sensu en métropole, dans les départements et régions d'outre mer-collectivités d'outre mer et à l'étranger, en comptabilise 5, 298 millions (« *auxquels s'ajoutent 114 700 bénéficiaires de contrats aidés* »).

⁶ Les dépenses de personnel représenteraient un total de 81, 13 milliards d'euros hors pension sur le budget général de 2012 (296, 3milliards d'euros), selon les calculs effectués par le gouvernement (Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle du budget, rapport n° 3775 sur le projet de loi de finances pour 2012, assemblée-nationale.fr).

⁷ Les non titulaires sont associés aux fonctionnaires dans l'opinion générale, voir sur ce point l'analyse de R. Grégoire mentionnée dans l'introduction du premier chapitre (« *Pour le grand public, est fonctionnaire tout homme dont on suppose la rémunération prélevée sur les contribuables et les usagers* » ; R. Grégoire, *La fonction publique*, p. 11).

⁸ Sondage TNS-SOFFRES, pour la FSU, publié dans le journal « LE MONDE », 3 mai 2011 : selon cette enquête les fonctionnaires sont « *honnêtes* » pour 75 % des personnes interrogées, « *compétents* » (69 %) et « *au service du public* » (67 %).

⁹ C. Vigouroux, *La déontologie du fonctionnaire*, Dal., 1995, p. 139.

¹⁰ G. Cornu, « *Droit* », in *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, coll. Quadrige, 7^{ème} éd., 2005.

graves. La composante déontologique non normée, que l'on nomme le droit souple, participe aussi, depuis peu, au renouvellement d'une morale administrative qui a dû s'adapter aux contraintes de son temps. Sur cette évolution de la contrainte administrative, nous avons jugé intéressant de revenir sur ses fondements. Nous verrons que si la volonté d'un dévouement exemplaire aux missions administratives n'a jamais été ignorée, il ne s'est pas toujours inscrit dans un cadre prompt à garantir à ses agents une réelle impartialité. Plus soucieux de garantir la continuité du service public, le gouvernement refusa longtemps de leur accorder un statut protecteur. Aussi le régime des incompatibilités se voulait au début exclusivement réglementaire avec le décret-loi du 29 octobre 1936, et non statutaire. Toutefois, les obligations reposaient déjà sur une obligation d'exclusivité et sur « *une interdiction de cumul avec une activité privée lucrative qui a pour objet, d'une part, de protéger le fonctionnaire contre la tentation de négliger ses obligations de service au bénéfice d'une activité étrangère aux missions et aux tâches de service public qui lui sont confiées, d'autre part, d'éviter que son intérêt personnel ne le conduise à méconnaître ou à bafouer l'intérêt général dont il est le gardien en tant qu'agent public* »¹¹. Par ailleurs, notre étude ne se limitera pas aux contraintes liées au service puisque l'obligation de désintéressement se poursuit au-delà des fonctions. Ainsi, le fait qu'un agent quitte ses fonctions, quelle qu'en soit la cause de la cessation¹², ne le libère pas pour autant de toute obligation. Il sera contraint de tenir compte de la compatibilité de ses anciennes fonctions avec ce qu'il ambitionne de faire durant les trois prochaines années, car « *au désarroi de la séparation ne doit pas succéder celui de la trahison, d'autant qu'à un édifice statutaire soucieux de préserver la personne publique s'ajoute la norme pénale* »¹³.

C'est cet aspect vaste et complexe des incompatibilités dans la fonction publique que nous nous proposons d'étudier à travers les éléments qui en permettent son identification et le régime qui en assure son respect.

PREMIÈRE PARTIE- LES SPÉCIFICITÉS DES INCOMPATIBILITÉS

DEUXIÈME PARTIE - L'ENCADREMENT DES INCOMPATIBILITÉS

¹¹ Rép. min., FP., n° 44436, JOAN, 9 déc. 1996.

¹² Démission ou révocation.

¹³ Réponse du Commissaire Général Xavier Rouby, ancien Directeur des statuts et des pensions, min. de la Défense.

PREMIÈRE PARTIE
LES SPÉCIFICITÉS DES INCOMPATIBILITÉS

Pour qui veut prendre la mesure de la place occupée par les sujétions dans le droit de la fonction publique, l'étude des incompatibilités pesant sur les personnels de l'administration constitue un terrain d'observation privilégié car elles font peser sur eux des interdictions plus contraignantes que celles connues dans le secteur privé. Cette *rupture d'égalité* qui tient à la spécificité et à la complexité des missions de service public qui sont sans commune mesure avec celles des métiers du privé justifie de fortes sujétions. L'identification de la notion d'incompatibilité passe, selon nous, par l'étude de ses spécificités qui se rattache à une double contrainte, statutaire et morale, et par celle de son domaine fait d'interdictions prévues et d'obligations déduites, qui interdisent, ou conditionnent, certaines activités, fonctions ou situations.

TITRE I- LES FONDEMENTS DES INCOMPATIBILITÉS

TITRE II- LE DOMAINE DES INCOMPATIBILITÉS

TITRE I

LES FONDEMENTS DES INCOMPATIBILITÉS

L'acceptation dans un emploi public comporte en elle-même l'acceptation d'un certain nombre d'inégalités, d'un droit différent du droit applicable aux salariés du secteur privé. L'agent public, en raison de la distinction de l'intérêt public et de l'intérêt privé¹⁴, de l'intérêt général et de l'intérêt particulier¹⁵, qui n'ont pas les mêmes finalités, est soumis à une forte spécificité juridique, quelle que soit la fonction publique à laquelle il appartient (civile ou militaire), le dispositif juridique qui l'identifie (statut ou contrat) ou son niveau dans la hiérarchie (fonction de direction ou d'exécution). Toutefois, cette spécificité juridique repose-t-elle uniquement sur des textes de portées générales et impersonnelles ou résulte-t-elle, également, de données externes contraignantes ? Nous le pensons. Ce serait à tort que l'on pourrait prétendre à une vue d'ensemble des interdits par une simple référence à des textes. La figure classique d'un droit prédéterminé par son auteur dans son contenu et dans ses effets ne pouvait suffire à notre étude, car si on ne peut contester la force des normes formelles dans la prise en compte des incompatibilités dans la fonction publique, il nous fallait aussi compléter notre recherche par l'étude des obligations qui sont d'inspiration commune mais qui sont traduites différemment. En effet, si les incompatibilités font l'objet d'un cadre normatif élaboré, facilement identifiable, par des interdictions disséminées un peu partout dans le droit de la fonction publique, il s'est avéré que cela n'était pas

¹⁴ « *L'engagement dans la cité et le service de la chose publique commandent de la part de ceux qui s'y consacrent, le respect d'une déontologie spécifique qui tend à prévenir la survenance de conflits entre la mission publique et des intérêts privés* » (J.-M. Sauvé, *Conflits d'intérêts et déontologie dans le secteur public*, AJDA 2012, p. 861).

¹⁵ Le particularisme de la fonction publique tient à la conception française de l'État : un État « *qui est le détenteur d'une vérité qui dépasse les vues individuelles et qu'il peut seul promouvoir, sous le nom d'intérêt général* » (R. Grégoire, *La fonction publique*, Dal. 1954, p. 26). Pour une étude sur la notion d'intérêt général voir le Rapport public du Conseil d'État, 1999, Considérations générales : *L'intérêt général* (EDCE, n° 50), 1999.

satisfaisant en considération des préoccupations déontologiques qui ne sauraient se réduire à un simple énoncé de devoirs, comme le ferait une circulaire. Aux règles écrites, purement prescriptives, se sont ajoutées celles retenues par les juges pour pallier les insuffisances des textes¹⁶. Dans cette exigence déontologique, toujours plus prégnante dans le droit de la fonction publique, ont été introduites des règles et des valeurs éparses, agissant comme des *standards*¹⁷, qui vont contraindre tout agent public à s'interroger et à se situer par rapport à son administration aussi bien dans l'accomplissement de son activité professionnelle que dans le cadre de sa vie privée.

Ces deux dimensions de la vie intérieure de l'administration nous conduisent à présenter successivement la contrainte statutaire¹⁸ (**Chapitre I**) puis la contrainte morale (**Chapitre II**) à travers la notion de déontologie administrative¹⁹, qui implique aussi, assurément, d'inévitables sujétions.

¹⁶ Dans ce sens, voir R. Grégoire, *La fonction publique*, Dal. 1954, p. 296, préc. : « *Le statut général des fonctionnaires n'a rien d'un code de déontologie. Il faut, pour le compléter, faire appel tant aux principes généraux du droit public qu'aux décisions jurisprudentielles* ».

¹⁷ « *Terme issu du vocabulaire juridique anglo-saxon, désignant le renvoi fait- notamment dans certains textes- à un comportement considéré correspondre à ce qui est communément admis en la matière par le groupe social à un moment donné (évolution des mœurs). En cas de litige, ce comportement type servira de référence au juge pour apprécier le comportement effectif qu'a eu la personne mise en cause devant lui. Le caractère flou et évolutif de ce concept confère de la souplesse à l'application de ces textes, en laissant aux juges une assez grande liberté d'appréciation dans les affaires qui leur sont soumises* » (S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dal.).

¹⁸ Le cadre normatif, l'articulation maîtrisée des prescriptions à partir desquelles l'assujettissement s'exerce. C'est par elle que notre recherche doit débiter car cela permet, au point de vue du droit, de déterminer la situation juridique des personnels publics.

¹⁹ Voir F. Chambon et O. Gaspon : « *Alors que les droits et les obligations des fonctionnaires paraissent exhaustivement énoncés par les différents statuts des fonctions publiques, la notion de déontologie s'est révélée utile et pertinente* » (*La déontologie administrative*, LGDJ, 1997, pp. 5-6).

CHAPITRE I

LA CONTRAINTE STATUTAIRE

En 1947, Jean Rivero confrontait la première acquisition statutaire de 1946 au droit commun applicable au secteur privé en matière syndicale dans un article dont l'intitulé résumait sa pensée du moment : « *Vers la fin du droit de la fonction publique ?* »²⁰. On le sait, a posteriori, son analyse s'est révélée fautive (*il le reconnaitra lui-même en 1960*²¹) ; reste que son intuition demeure partiellement vraie. Indéniablement, le droit contemporain de la fonction publique est marqué par le rapprochement entre ces deux droits [public-privé] qui « *ont été mutuellement attirés l'un par l'autre et se sont construits et perfectionnés par des mécanismes d'emprunts réciproques* »²², ce qui a eu « *pour effet de transcender la distinction entre le droit public et le droit privé en rapprochant progressivement les situations de travail des salariés et des fonctionnaires et agents publics* »²³. Le débat, dans une conjugaison renouvelée, porte également sur les effets du droit communautaire sur le droit de la fonction publique qui a « *contraint le législateur français à établir de nouvelles classifications normatives dont la caractéristique est d'être beaucoup plus englobantes que celles traditionnellement prises en*

²⁰ J. Rivero, *Vers la fin du droit de la fonction publique ?*, Dal., chron. n° 152, p. 149.

Dans le même sens, voir la chronique de P.-M. Gaudemet au lendemain de l'adoption du premier statut de 1946 (*Le déclin de l'autorité hiérarchique*, Dal. 1947, chron. 35, pp. 137-140).

²¹ J. Rivero, *Droit du travail et droit administratif*, Dr. soc. 1960, p. 609.

²² N. Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Thèse LGDJ, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses – Volume n° 85 », 2009, p. 20.

²³ E. Aubin, *Droit de la fonction publique*, Gualino, 4^{ème} éd., 2010, p. 43.

Dans le même sens : « *La fonction publique s'est sociologiquement et juridiquement construite en marge du droit du travail. Mais au fur et à mesure que se croisent les activités des administrations et des entreprises, que les contours de l'intérêt général et des intérêts privés se recoupent et s'emmêlent, les textes applicables aux agents publics et aux salariés de droit privé se rapprochent* » (J. Wolikow, *Fonctionnaires et salariés : différences, convergences*, AJFP 2010 p. 172).

compte dans la fonction publique »²⁴. Cependant, au-delà des similitudes qui existent entre ces deux droits et de l'importance du droit communautaire sur le droit interne, il est acquis, aujourd'hui, en stricte analyse, que subsiste un clivage entre le droit commun du travail et le droit applicable aux agents publics car « *le droit procède (toujours), dans le secteur public, d'un ordre juridique d'essence particulière, diamétralement opposé à l'ordre juridique construit sur le droit conventionnel* »²⁵.

Par ailleurs, l'analyse de Roger Grégoire, de 1954, selon laquelle « *pour le grand public, est fonctionnaire tout homme dont on suppose la rémunération prélevée sur les contribuables et les usagers* »²⁶, bien qu'elle se vérifie toujours, car nos concitoyens continuent de percevoir ceux qui participent à l'action administrative sous un aspect purement fonctionnel, n'est pas non plus satisfaisante. De cette approche simplifiée, nous ne saurions nous satisfaire car le qualificatif de fonctionnaire appliqué sans discrimination n'est pas acceptable au sens juridique, forcément plus étroit. Tous ceux qui assurent des « *prestations d'activité personnelle* »²⁷ en lien avec une personne publique ne sont pas nécessairement des agents publics fonctionnaires. Le champ des personnes concernées n'est pas aussi restreint, même si, sur le plan des ressources humaines, les incompatibilités portent en premier lieu sur les personnes liées par un statut et plus précisément sur les fonctionnaires. Pour autant, si le statut vise certains personnels et en exclu de ce fait d'autres, cela ne veut pas dire qu'ils soient dispensés de tout devoir. Ils ne peuvent se prévaloir de cette différence pour ne pas servir déontologiquement les personnes publiques qui les emploient. D'autant que le champ d'application du droit du travail de la fonction publique a cette particularité qu'il vise l'uniformité des situations par une publicisation de son personnel.

²⁴ A. Fitte-Duval, *Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique*, AJFP 2006, p. 4.

Pour un exemple voir infra p. 48, L. du 26 juil. 2005 portant diverses mesures de transpositions du droit communautaire à la fonction publique.

²⁵ N. Maggi-Germain, *Statut et contrat : deux modes de construction de la relation de travail*, La Revue de l'Ires, n° spécial (n°45), *Les relations professionnelles dans le secteur public*, 2004/2, p. 103.

²⁶ R. Grégoire, *La fonction publique*, op. cit., p. 11.

²⁷ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Dal., 3^{ème} éd., 2004, T. 2, p. 17.

Ce particularisme s'établit par le lien qui se noue entre l'agent public et son métier, qui se rattache à l'existence d'un statut (**section 1**) qui va à la fois conditionner la situation des fonctionnaires et, depuis peu, celle des non titulaires ; conséquence directe de l'exclusivité du statut (**section 2**).

SECTION 1 L'EXISTENCE D'UN STATUT

On aurait pu penser que le particularisme de la fonction publique soit lié à la Révolution. Il n'en est rien ; « *quelque radicale qu'ait été la Révolution (...), elle a été bien moins novatrice qu'on ne le croit* »²⁸. En 1789, la souveraineté ne fait que changer de mains. Certes, en rompant avec l'ancienne légalité, les révolutionnaires vont faire émerger une conception nouvelle du fonctionnaire²⁹ ; néanmoins, le particularisme du fonctionnaire n'en est pas modifié pour autant, les obligations restent les mêmes que sous l'Ancien Régime : une allégeance et une servilité sans faille à l'autorité commandante. Cette conception autoritaire sera reprise par Napoléon qui s'inscrit sur ce point moins dans la rupture que dans la continuité ; dans sa volonté d'un ordre civil « *qui n'ait d'autre ambition que celle d'être utile et d'autre intérêt que l'intérêt public* »³⁰ il imita la classification des grades militaires, pour mieux le *discipliner*. Cette confusion entre Fonction Publique et Gouvernement ne sera pas remise en cause sous le second Empire et se maintiendra sous la III^e République (§1) jusqu'à ce que la notion de service public réussisse à s'affranchir de cette conception autoritaire de l'administration et qu'un cadre formel plus respectueux de la situation des fonctionnaires apparaisse comme une évidence s'imposant sans détour (§2).

²⁸ Voir en ce sens A. de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy Frères, p. 30.

²⁹ Dans l'acception révolutionnaire le fonctionnaire est un agent de la souveraineté qui agit sur ordre du Gouvernement, un délégué de la Nation exerçant des fonctions dont il est comptable devant le peuple (cf. l'art. 15 de la DDHC : « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* »).

³⁰ Cité par V. Kondylis, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 168 », 1995, p. 54.

§1.- Les incertitudes initiales

S'il est un fait historique ancien, que les nécessités politiques ont conduit à la mise en place d'une administration³¹, il en est un autre, plus récent et contingent, qui est celui de la formulation de son droit. Certes, on s'est efforcé d'édicter des règles, un droit des serviteurs d'une permanence : l'État, compris comme un ensemble de règles destinées à canaliser leurs activités³², à organiser une discipline³³, et même à prévoir des garanties en cas de conflit avec la personne publique³⁴ ; mais jusqu'au milieu du XX^e siècle, il n'y a pas de reconnaissance objective d'un droit spécifique du fonctionnaire. Alors même que la spécificité du travail dans l'administration est reconnue pour ce qui concerne la responsabilité de l'État pour les dommages causés par le fait des personnels employés par lui, avec l'arrêt Blanco de 1873³⁵, ou encore, qu'un recours contre une décision qui porte atteinte à des droits qu'un fonctionnaire peut tenir de ses titres et prérogatives est recevable³⁶, le juge hésite à rendre possible un tel rapprochement avec les solutions de ces arrêts. Autant il lui semble « *impossible, en bonne raison et en*

³¹ L'on peut faire remonter les origines de l'instauration d'une administration stable à la fin du XIII^e siècle et au début du XIV^e siècle où on assiste à une mutation des institutions monarchiques en raison de « *la croissance du pouvoir royal, de l'agrandissement de son domaine et (en conséquence) de l'augmentation des problèmes que doit traiter le roi* »³¹ (G. de Gislain, *Histoire des institutions 987-1789*, Revue universelle, Paris, 1992, p.76).

³² Sur la nécessité d'un encadrement, voir M. Leroy *Les transformations de la puissance publique. Les syndicats de fonctionnaire* : « *Les droits hiérarchiques ont été nécessairement l'objet d'une certaine réglementation ; le pouvoir a été contraint de se soumettre à une certaine méthode, de formuler des règles applicables aux divers moments de l'activité du fonctionnaire* » (Paris, éd. V. Giard et E. Brière, 1907, p. 137).

³³ Loi du 30 mars 1928 sur le statut des sous-officiers de l'armée, JO 31 mars, p. 3676.

³⁴ Sur ce point, voir la loi du 19 mai 1834 sur "*l'état des officiers*" qui leurs assurent un avancement réglementé et leurs accordent des garanties statutaires en spécifiant les causes qui font perdre à l'officier son *état* (art. 1^{er} du Titre I^{er}). Cette loi établissait une distinction fondamentale entre le grade et l'emploi : « *le "grade", qui constitue l'état de l'officier, et dont il ne peut être privé que par jugement, dans les cas et suivant les formes indiquées par la loi ; l'emploi, qui peut être retiré ou suspendu par la volonté du roi, seul juge de l'utilité des services* » (*Cours de droit public et de droit administratif*, E. Laferrière, éd. Joubert, 2^{ème} éd., 1841). Cette loi innovait, aussi, en instituant un conseil d'enquête pour la garantie de l'officier (art. 13).

Parmi les autres garanties, on relèvera également celle de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 qui prévoit que le fonctionnaire est en droit de demander et d'obtenir la communication de son dossier, avant toute mesure disciplinaire (*voir infra*).

³⁵ TC, 8 février 1873, *Blanco*, rec. (1^{er} supplément) p. 61, concl. David ; D. 1873.III.17 ; S. 1873.III.153.

³⁶ C.E. 11 déc. 1903, *Villenave*, rec. p. 767, concl. Teissier.

bonne justice, d'assimiler complètement l'État à un simple particulier »³⁷, pour reprendre les conclusions du commissaire du gouvernement David dans l'arrêt Blanco, autant il ne veut pas basculer jusqu'à une reconnaissance pour son personnel d'un droit spécifique. Ce qui prédomine, à l'époque, c'est de s'assurer du bon fonctionnement du service public, de le préserver de toute revendication ou événement qui pourrait faire obstacle à sa continuité, quelque soient les circonstances, fût-elles exceptionnelles comme peut l'être la guerre, par exemple³⁸. Cette hésitation du juge est entretenue par une doctrine partagée entre l'idée d'appliquer aux fonctionnaires un régime de droit spécifique (statut ou contrat de fonction publique) et l'idée de les assimiler aux salariés du privé, en faisant appel aux notions civilistes (contrat de louage de service ou de mandat).

Il nous a paru de bonne méthode de se réapproprier cette question qui a fait l'objet d'âpres discussions et qui s'est prolongée de nombreuses années. Ce n'est point là sortir de l'objectif que nous nous sommes assigné- *l'identification du principe d'incompatibilité*- ; puisque l'étude de ces différentes approches jurisprudentielles et doctrinales va nous permettre :

1°) De caractériser le lien spécifique qui unit le fonctionnaire à la personne publique qui l'emploie, car comme le soutenait Léon Duguit, « *déterminer la nature juridique de la fonction publique, c'est déterminer quelle est au point de vue du droit la situation du fonctionnaire* »³⁹.

2°) Lien qui l'autorise, pour reprendre la formule de l'arrêt Blanco, à poser des « *règles spéciales* »⁴⁰ (des incompatibilités).

³⁷ Concl. David, TC, 8 fév. 1873, *Blanco*, préc..

³⁸ En ce sens, les motifs de l'arrêt *Heyriès* de 1918, posant le principe de continuité, sont éloquentes, puisqu'il est dit qu'il incombe à l'autorité qui « *est placée à la tête de l'administration française et chargée d'assurer l'exécution des lois, [...] de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et les règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche* » (C.E., 28 juin 1918, *Heyriès*, rec. p. 651 ; S. 1922.III.49, note Hauriou).

³⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Brocard, T. 3, 3^e éd., 1927, p. 55.

Les incompatibilités ne se présument pas et ne font pas l'objet d'une négociation ; elles s'exercent dans ce cadre normatif strict.

⁴⁰ TC, *Blanco*, 8 fév. 1873, préc..

Après avoir rappelé et analysé les raisons qui ont conduit le Conseil d'État à se placer sur le terrain contractuel pour caractériser le lien qui unit les fonctionnaires à l'État (A), il nous faudra nous interroger sur la portée de la solution civiliste adoptée par les juges ; a-t-elle retardée l'émergence d'une conception statutaire de la fonction publique ? (B)

A. La thèse contractuelle

Au début du XX^e siècle le syndicalisme devient en France une force revendicatrice importante⁴¹ et la grève, qui est son moyen d'expression ultime, n'est plus seulement « *une affaire privée, qui met aux prises un patron et ses salariés en vue de l'amélioration des conditions de travail, sans incidences sur l'État* »⁴², puisqu'elle s'étend au secteur public⁴³. N'étant plus un délit depuis 1864⁴⁴, elle reste une faute civile⁴⁵ et est considérée avec défiance dans l'idéologie majoritaire du moment, tant par le pouvoir politique⁴⁶ que par la doctrine⁴⁷. Aussi, quand au printemps 1909 des agents de l'administration des Postes et Télégraphes commencèrent à vouloir discuter de la situation qui leur était faite, qu'aucune solution ne fut trouvée et que des grèves éclatèrent au niveau national, le ministère

⁴¹ La loi "Waldeck- Rousseau" du 21 mars 1884 reconnaît l'existence de syndicats professionnels.

⁴² J. Travard, *Jean Rivero et les lois du service public*, AJDA 2010, p. 987.

⁴³ Si la loi "Waldeck- Rousseau" (préc.) autorise les syndicats professionnels, il est à souligner que son interprétation est restrictive à la défense des intérêts des salariés du secteur privé. Les fonctionnaires sont exclus de son champ d'application, de même que ceux qui collaborent à un service public (T. cor. de la Seine, 8 juil. 1903, qui dissout le syndicat des égoutiers (*non fonctionnaires*) de Paris ; pour un comm. (critique) voir la Revue des sociétés, Dal., 1904, pp. 171-172).

⁴⁴ Loi du 25 mai 1864 qui reconnaît implicitement le droit de grève en supprimant le délit de coalition ouvrière ou patronale. Voir É. Ollivier : « *Depuis le commencement de ce siècle (XIX^e), le peuple n'a fait que deux conquêtes : l'une politique, l'autre sociale. La conquête politique c'est le suffrage universel ; la conquête sociale, c'est le droit de se coaliser* » (*Les coalitions. Commentaire sur la loi du 25 mai 1864*. édit. Maresq Ainé, 1864, p. 7).

⁴⁵ Constituant un délit pénal de 1791 à 1864 et une faute civile jusqu'en 1946, le droit de grève n'est reconnu qu'à compter du préambule constitutionnel du 27 octobre 1946 (art.7), parmi d'autres principes « *particulièrement nécessaires à notre temps* ».

⁴⁶ Elle était considérée comme une "arme" pour renverser l'État et sa forme politique, le gouvernement. Comme le souligne J.-E. Ray : « *La grève était autant un moyen d'expression politique que de pression sociale* » (*Droit du travail- Droit vivant, Liaisons*, 11^{ème} éd., 2002, p. 453).

⁴⁷ Voir infra pp. 22 et suiv..

Clémenceau n'hésita pas un instant à les réprimer. Les meneurs furent emprisonnés et près de six cents agents furent révoqués. Messieurs Winkell et Rosiers, qui étaient au nombre des ouvriers grévistes révoqués, formèrent un recours en annulation devant le Conseil d'État car, comme d'autres, leurs révocations étaient intervenues sans que leur dossier leur ait été préalablement communiqué, alors que l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 imposait une telle communication, avant toute mesure disciplinaire⁴⁸. Le Conseil d'État rejeta ces recours conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu qui concluait sur le côté sacré des devoirs de ceux qui servent les personnes publiques, qui ne doivent en aucun cas désertier le service public⁴⁹, et sur les effets plus grave encore de la grève lorsqu'elle porte sur un service public :

« Quand l'État, les départements ou les communes se substituent à la libre initiative des particuliers, pour organiser un service public, c'est le plus souvent afin de procurer à tous les habitants de la France, sur tous les points les plus reculés du territoire la satisfaction de besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction incomplète et intermittente (...). La continuité est donc l'essence du service public (...). La grève est en contradiction directe avec la notion même de service public »⁵⁰.

⁴⁸ « Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardé dans leur avancement à l'ancienneté », art. 65, L. de 1905, préc..

Cet article qui résultait d'un cavalier législatif (amendement du député Marcel Sembat à la suite du scandale "des fiches" qui fit chuter le ministère Combes), « consacra l'abandon d'un tout puissant pouvoir disciplinaire au profit de l'émergence d'un embryon de droit disciplinaire de la fonction publique » (F. Laurie, *Le pouvoir disciplinaire, socle du droit disciplinaire de la fonction publique*, Actes de colloque, Université de Saint Étienne, publication de l'Université de Saint Étienne, *Vers un droit disciplinaire ?*, coll. Droit, 2007, p. 129).

⁴⁹ Pour Tardieu « la grève est un moyen révolutionnaire auquel il est interdit de recourir », concl. Tardieu sur C.E., 7 août 1909, *Winkell et Rosier* [2 arrêts], n° 37317, rec. p. 826 ; S. 1909.III.145, note Hauriou ; RDP 1909, p. 494, note Jèze.

⁵⁰ Concl. Tardieu sur C.E., 7 août 1909, *Winkell et Rosier* (préc.).

La doctrine saluait le principe posé par Tardieu et repris par le Conseil d'État, lorsque celui-ci considérait :

« que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre les fonctionnaires, un acte illicite (...), qui est incompatible avec une continuité essentielle à la vie nationale (...), que le législateur n'a pu comprendre la grève dans un service public au nombre des cas en vue desquels il a formulé (la prescription de l'article 65) »⁵¹.

Hauriou, en accord sur ce point, allait jusqu'à considérer dans sa note sous cet arrêt que les grèves étaient *« des faits révolutionnaires, des faits de guerre »* qui justifient *« que le gouvernement leur ait appliqué le droit de la guerre et ait usé vis-à-vis d'eux de représailles »⁵²*. Duguit, quant à lui, y voyait *« même un crime (...), le plus grave des attentats à la vie collective »⁵³*, autorisant le recours à la doctrine de la nécessité qu'il envisageait dans seulement deux autres hypothèses, en cas de *« guerre étrangère et d'insurrection à main armée »⁵⁴*.

Toutefois, si la doctrine était unanime sur l'argument tiré des nécessités du service, elle se montrait critique sur le fondement juridique mis en évidence par le commissaire du gouvernement Tardieu qui reprenait les idées développées par la chambre civile de la Cour de cassation sur les effets juridiques de la grève sur le contrat de travail :

⁵¹ C.E., 7 août 1909, *Winkell et Rosier, préc.*.

⁵² S. 1909.III.145.

⁵³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 219.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 753.

Sur la terminologie utilisée par la doctrine : alors que M. Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Heyriès* (C.E., 28 juin 1918, rec. p. 651.), nuancera ses propos en ne parlant plus de représailles mais d'une *« légitime défense de l'État »* (S.1922.III.49), il faudra attendre encore quelques années pour que la grève soit discutée en des termes plus mesurés et qu'elle ne soit plus considérée comme un *"acte de guerre"* ou *"un crime"* (en ce sens voir les écrits du commissaire du gouvernement H. Puget, *L'État et ses agents*, in *La réforme de l'État*, éd. Félix Alcan, 1936 : *« A moins de se résoudre au suicide, l'État ne peut admettre le droit de grève des fonctionnaires »*, p.149).

« Attendu que l'ouvrier qui se met en grève rend impossible, par son fait volontaire, la continuation de l'exécution du contrat de travail qui le liait à son patron ; que cet acte, s'il ne lui est pas interdit par la loi pénale (faute civile), il n'en constitue pas moins de sa part, quels que soient les mobiles auxquels il a obéi, une rupture du contrat »⁵⁵.

Pour repousser le moyen tiré de l'inobservation des garanties de la loi, le juge administratif va raisonner par analogie et transposer la jurisprudence civile qui consiste à constater la rupture du contrat de travail de l'ouvrier pour fait de grève, en considérant, lui aussi, qu'en se mettant dans une telle situation l'agent public signifie, par son fait, à la personne publique qui l'emploie qu'il veut rompre le lien qui le lie à elle. Il en résulte, pour les juges, que les requérants ne peuvent plus se prévaloir de la qualité de fonctionnaire et par suite des garanties qui les protègent :

« Par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale. Qu'en se mettant en grève les agents (...) se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration »⁵⁶.

Comme nous l'observons à la lecture des motifs, même si les juges préfèrent au terme de "contrat de fonction publique" de Tardieu, celui de "contrat de droit public", ils poussent l'analogie jusqu'à l'utilisation d'une terminologie

⁵⁵ Cass. civ., 15 mai 1907, pourvoi n° 6953179, Bull. civ. n° 67. p. 115.

Ce raisonnement avait déjà été utilisé par la C. Cass : 18 mars 1902, S. 1903.III.465 ; 4 mai 1904, D. 1904.I.289.

⁵⁶ C.E., 7 août 1909, *Winkell et Rosier*, préc..

civiliste, inconnue jusqu'à présent. C'est ce fondement qui repose sur l'existence supposée d'un contrat qui n'est pas acceptable par une partie de la doctrine qui le considère comme inexact. Pour elle, il ne faut pas rechercher par cet artifice des obligations que l'on peut trouver dans des obligations légales.

Cette volonté de fonder l'application d'un droit objectif sur un acte subjectif (le contrat) était-elle une maladresse terminologique des juges ou une volonté assumée de reconnaître un rapport contractuel ?

Si la thèse d'un modèle purement civiliste, appliqué au fonctionnaire par le biais d'un mandat *sui generis*, avancée par Rodolphe Dareste dans son ouvrage *La Justice administrative en France ou Traité du contentieux administratif*⁵⁷, fût très vite abandonnée dans la mesure où elle se conciliait tout aussi mal avec le principe selon lequel l'administration est soumise à son propre droit⁵⁸, qu'elle s'articulait difficilement avec la notion de service public qui servait de base au débat s'ouvrant avec l'arrêt *Winkell et rosier*, également plus contemporaine que les écrits de Dareste⁵⁹, une conception contractuelle se développa à travers l'idée du contrat mixte. Pour les partisans du contrat mixte, la situation juridique du fonctionnaire résulte de la fonction occupée. Cette conception vise à tracer des frontières ; à circonscrire les secteurs où la puissance publique s'exerce. Ce courant qui est représenté par Henri Berthélémy⁶⁰ et par Henri Nézard⁶¹, s'appuie sur la distinction, récente à l'époque, des actes d'autorité et des actes de gestion, formulée par Édouard Laferrière en matière contentieuse. Dans son *Traité de la*

⁵⁷ R. Dareste, *La Justice administrative en France ou Traité du contentieux administratif*, éd. Auguste Durand, PARIS, 1862. Pour Dareste « le contrat qui se forme entre l'État et le fonctionnaire est un mandat salarié, mais un mandat *sui generis* » (*Ibid*, p. 372). Il nous faut être précis : s'il considère le fonctionnaire civil comme un salarié, il considère que le militaire, en considération des obligations auxquelles il est soumis, y est soustrait.

⁵⁸ TC 8 févr. 1873, *Blanco*, préc..

⁵⁹ Le livre de Dareste est présenté par l'éditeur comme un essai (LGDJ, réimpression de la 1^{ère} éd. de 1862) et non pas comme un traité, en dépit de son intitulé, puisqu'il est dit que « l'auteur n'a pas eu pour ambition d'écrire une somme, ni un manuel, car il ne vise pas l'initiation » (avant propos de Dominique Foussard). Aussi, selon nous, s'il n'a pas en 1862, pour ambition de rendre compte du droit positif, il ne peut, en toute logique, servir de base au débat qui s'ouvre, sauf à nier que depuis l'administration est régie par son propre droit, d'une part, et à exclure ou à relativiser la notion nouvelle de service public, d'autre part.

⁶⁰ H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, éd. A. Rousseau, 1901, 13^{ème} éd., 1933.

⁶¹ H. Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, Thèse Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901.

juridiction administrative et des recours contentieux de 1887-1888, Laferrière distingue l'action administrative selon qu'elle est la manifestation d'un acte d'autorité ou de gestion n'ayant pas le caractère d'acte d'autorité : si l'administration agit en vertu de ses prérogatives de puissance publique, ses actes doivent relever de la compétence administrative ; en revanche, si l'administration agit en qualité de gérant des services publics, ses actes sont semblables à ceux des particuliers et doivent être soumis à un régime identique⁶². Cette clef de répartition qui vaut pour la responsabilité pourrait, selon Berthélémy et Nézard, être transposable à la situation du fonctionnaire. Ainsi, les fonctionnaires d'autorité qui sont dépositaires d'une part d'autorité, qui détiennent une portion de la puissance publique en ce qu'ils remplissent des fonctions essentielles de l'État, ne peuvent être engagés que sur la base d'un acte d'autorité qui va les placer dans une situation légale et réglementaire. A l'inverse, les fonctionnaires de gestion, en ce qu'ils ne remplissent pas de fonction d'autorité pourraient être engagés sur la seule base d'un contrat de louage (contrat de travail) de droit privé.

Cette dichotomie factice qui veut restreindre la qualité de fonctionnaire aux seuls détenteurs d'une autorité publique se heurta à la critique de Hauriou et de Duguit. En tant que représentants de l'école du service public, ils récuserent avec force « *l'idée d'une double personnalité de l'administration, au motif que celle-ci n'a dans tous les cas qu'un seul but- servir le public* »⁶³. D'ailleurs, à supposer qu'une telle théorie corresponde à la réalité, si on admet sa base, elle se heurte à des difficultés pratiques soulevées par Hauriou et Duguit que Roger Grégoire résume ainsi : « *non seulement il est difficile de démêler les fonctions d'autorité et les fonctions de gestion* »⁶⁴, mais encore, pour peu qu'une classification des activités soit possible, elle aboutirait à « *classer les agents selon la nature de leurs attributions et non selon leur place dans la hiérarchie* »⁶⁵, puisqu'il ne peut

⁶² É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} éd. 1896 (1^{ère} éd. 1887-1888) (2 tomes), T. 1, p. 398.

⁶³ J. Chevalier, reprenant les arguments avancés par Hauriou et Duguit, *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, PUF, 1956, p. 12. Et d'ajouter : « *Si les prérogatives de puissance publique sont d'intensité variable, et parfois absentes, l'administration tend, en revanche, à être toute entière marquée du sceau du service public ; les moyens peuvent changer, le but que poursuit l'administration reste fondamentalement identique dans toutes les franges de son activité* » (*Ibid*, p. 12).

⁶⁴ R. Grégoire, *La fonction publique*, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁵ *Ibid*, p. 35.

s'agir d'une simple « *distinction entre supérieurs qui commandent et subalternes qui exécutent* »⁶⁶. Enfin, ce raisonnement bute inextricablement sur le fait que dans une même journée un fonctionnaire puisse accomplir des actes de toutes sortes : « *acte de répression le matin et d'achat de fourniture l'après midi* »⁶⁷.

Aussi Duguit et Hauriou jugeaient que toute théorie qui vise à reconnaître à la situation du fonctionnaire un caractère contractuel n'était pas acceptable.

En ce domaine, ils nous livraient une analyse critique convergente qui reposait pour Duguit sur la situation objective du fonctionnaire : « *S'il n'y a pas encore de loi générale sur le statut des fonctionnaires (...) il y a de nombreux décrets qui donnent à presque tous les fonctionnaires, sinon un statut légal, du moins un statut réglementaire* »⁶⁸. Aussi, pour lui, la situation du fonctionnaire ne pouvait être assimilée à « *celle d'un employé lié par un contrat de travail envers un patron* »⁶⁹ dans la mesure où il « *est compris dans les cadres permanents du service établi par la loi [...]. Les différents éléments qui constituent la situation du fonctionnaire présentent bien les caractères de généralité et de permanence qui sont le propre de toute situation objective ou situation légale* »⁷⁰.

Ce à quoi Hauriou concluait que la donnée de contrat public ne pouvait nécessairement être qu'une formule d'opportunité : « *Il est fâcheux que le Conseil d'État, qui jusqu'ici, avait évité de s'engager dans l'impasse du contrat public, s'y soit cru obligé dans notre affaire ; l'idée du contrat ne pouvait manifestement le conduire à rien* »⁷¹.

⁶⁶ Rapport public du C.E., 2003, Considérations générales : *Perspectives pour la fonction publique* (EDCE, n° 54), 2003, p. 311, reprenant l'argumentation développée par R. Grégoire.

⁶⁷ T. Tchong-Han, *Étude sur la définition et la situation juridique du fonctionnaire dans le droit administratif français*, Thèse Lyon [Texte imprimé, BNF], 1942.

Dans le même sens, voir G. Demartial, *La condition juridique du fonctionnaire*, Berger-Levrault, 1907 : « *Le préfet, fonctionnaire d'autorité, fait à chaque instant des actes de gestion (...) inversement, l'agent des contributions directes qui dresse un procès verbal ou pratique une saisie, le Professeur-examineur qui confère ou refuse un grade universitaire, le médecin sanitaire qui empêche un navire d'aborder (...) font bien là, semble-t-il, des actes d'autorité, quoique fonctionnaires de gestion* » (pp. 10-11).

⁶⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 166.

⁶⁹ *Ibid*, p. 202.

⁷⁰ *Ibid*, p. 96.

⁷¹ S. 1909.III.145, note M. Hauriou sur C.E., *Winkell et Rosier*, préc..

B. Une reconnaissance retardée ?

Nous ne pouvons dire si les critiques de ces éminents juristes ont influencé les juges, mais nous le supposons. Cette considération semble justifiée, selon nous, par l'hésitation qui a prévalu un temps avec l'arrêt *Tichit et autres* de 1912⁷², par le fait que la notion de "contrat de droit public" n'a été utilisée que dans l'hypothèse restreinte du recours à la grève⁷³ et, enfin, n'a été confirmée par la suite que dans peu d'arrêts⁷⁴. Aussi, si l'on peut admettre que le juge a très certainement empiété sur les droits des fonctionnaires contestataires au nom d'un intérêt général, entendu au sens large, qu'il jugeait incompatible avec les faits de grève, on ne peut valablement soutenir qu'il a voulu nier la situation particulière du fonctionnaire. Pour preuve, il n'a eu de cesse, dans un mouvement contraire, de reconnaître le caractère purement objectif de la situation de tout fonctionnaire en annulant toute décision susceptible d'affecter sa carrière⁷⁵.

De même, ne disait-il pas, dès 1929, que « *la situation des fonctionnaires, telle qu'elle est fixée par les lois et les règlements, ne saurait être modifiée par des accords contractuels* »⁷⁶, soulignant par là même que la spécificité du rapport qu'entretient le fonctionnaire à la personne publique ne peut se situer dans un contrat. En outre, la définition même du fonctionnaire public, qui sera reprise par le premier statut de 1946 et par celui qui s'applique actuellement⁷⁷, ne fût-elle pas donnée initialement par le Conseil d'État pour qui entrait dans cette catégorie celui qui est « *investi d'un emploi permanent dans les cadres d'un service public* »⁷⁸ ?

⁷² C.E., 1^{er} mars 1912, *Tichit et autres*, rec. p. 303 ; S. 1913.III.137, note Hauriou. Arrêt où le juge administratif se retient d'utiliser la notion de "contrat de droit public" ; laissant supposer à tort à un abandon de la thèse contractuelle (note de Hauriou en ce sens).

⁷³ Notre recherche nous conduit à la conclusion que le C.E. n'a jamais voulu appliquer la théorie contractuelle qu'à cette situation.

⁷⁴ C.E., 6 août 1910, *Almalric et autres*, rec., p. 720 ; C.E., *Nos et autres*, 24 juin 1921, rec. p. 620.

⁷⁵ C.E., 8 mars 1912, *Lafage*.

⁷⁶ C.E., 25 oct. 1929, *Portebois*, rec. p. 930 ; D. 1929.3.57. En l'espèce, annulation d'une délibération d'un conseil municipal qui entendait revenir sur la situation légale et réglementaire d'un agent communal par le biais d'un contrat spécial.

⁷⁷ Voir art. 2 de la loi n° 84-16 du 11 janv. 1984.

⁷⁸ C.E., 9 mars 1923, *Hardouin*, RDP 1923, p. 239, concl. Rivet.

Enfin, au soutien des juges, la décision *Winkell et Rosier* et les arrêts qui suivirent doivent être replacés dans le contexte politique et syndical de l'époque ; car si la position du Conseil d'État avait des failles essentielles, son existence peut aussi s'expliquer dans une légalité voulue par celui qui en avait la maîtrise, c'est-à-dire le Gouvernement, qui « *se refusera toujours de s'autolimiter vis-à-vis de la fonction publique en ne lui accordant aucun statut, maintenant l'ambiguïté entre le loyalisme au régime et la docilité au gouvernement* »⁷⁹. Bien qu'il admette que « *la situation du fonctionnaire n'est pas une situation de droit, mais une simple situation de fait, qui dépend du caprice des gouvernants et de leurs représentants hiérarchiques* »⁸⁰ ; à chaque fois que la question d'un statut est posée, il évacue le problème de l'arbitraire gouvernemental ou hiérarchique pour déplacer irrémédiablement le débat sur celui du droit d'association et de son statut. L'idée qui prédomine n'étant pas d'assurer des garanties individuelles, et encore moins corporatistes, mais de « *contourner la question syndicale* »⁸¹. En ce sens on retiendra la déclaration d'investiture de Clemenceau du 5 novembre 1906 où il lance l'idée d'un projet de loi « *pour régler le statut des fonctionnaires* », afin de

⁷⁹ C. Vimbert, *La tradition républicaine en droit public français*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 73 », 1992, p. 115.

⁸⁰ G. Demartial, *Le statut des fonctionnaires*, 1908, p. 12.

Les idées de Demartial, fonctionnaire lui-même, eurent un écho considérable car elles furent reprises dans la proposition de loi Buisson et le rapport Chaigne, de 1909. On les retrouve dans un autre de ses écrits, *La condition juridique du fonctionnaire* (Berger-Levrault, 1907), texte court de 19 pages, où il met en relief le caractère arbitraire qui se met en place dès l'entrée dans l'emploi public, et qui se maintient ensuite : « *Le gouvernement organise comme il lui plaît les différents corps de fonctionnaires (...) chaque ministre fixe lui-même les conditions de nomination et de révocation dans les différents corps relevant de son autorité. Comme c'est aussi le ministre qui nomme et révoque, soit directement en ce qui concerne les emplois d'un peu d'importance, soit par l'intermédiaire de ses subordonnés en ce qui concerne les autres, il se trouve ainsi, quand il fait ces règlements, être à la fois juge et partie ; chaque ministre apprécie lui-même la mesure dans laquelle il doit limiter ses propres pouvoirs* ». Il décrit, ainsi, une organisation de la fonction publique qui repose sur « *une infinité de décrets et d'arrêtés (...) entre lesquels on ne saisit aucune vue d'ensemble (...) qui n'offrent en somme aux intéressés que des garanties fort médiocres, puisque les auteurs ne s'obligent qu'envers eux-mêmes, puisque la main qui les a signés le matin pourrait les déchirer le soir* » (*Ibid*, p. 5). Pour lui, il faut, pour lutter contre l'arbitraire « *que les règlements des corps de fonctionnaires aient une source commune (...) un acte (unique) qui, fixant les conditions générales de l'admission, de l'avancement et de la discipline dans les services publics, sera la charte (càd un "statut") sur laquelle viendront se modeler les règlements organiques des différents corps de fonctionnaires* ». Il envisage, pour ce faire, « *un statut-type du fonctionnaire* » qui émanerait non plus d'un ministre mais du conseil des ministres. Cette collégialité offrirait, assurément pour lui, des « *garanties de valeur et de stabilité suffisantes* », car elles ne reposeraient plus sur l'arbitraire d'un seul homme (*Ibid*, pp. 15-16). Enfin, il insiste sur le caractère temporaire de ces mesures : « *en attendant un véritable projet qui ne pourra être réglé que par la loi* » (*Ibid*, p. 19).

⁸¹ Voir sur ce point E. Pisier, P. Bouretz, *Le paradoxe du fonctionnaire*, Paris, éd. Calmann-Lévy, 1988 : « *Jusqu'à la fin des années trente, les projets de statut restent l'apanage de ceux qui cherchent à contourner la question syndicale* ».

(mieux) les maintenir « *dans leurs devoirs envers l'État responsable des services publics* ». Il n'envisageait, comme nombre de ses contemporains⁸², toute revendication que comme une « *agitation syndicaliste* » désireuse d'imposer une « *dictature des serviteurs* »⁸³. Pour lui, l'engagement dans la fonction publique passait nécessairement par une acceptation d'être dans les fers : « *On n'est pas forcé d'être fonctionnaire, on a le droit d'être libre* »⁸⁴.

Cette donnée partisane incorporée à tout projet de statut n'échappait d'ailleurs pas aux groupements de fonctionnaires qui rejetaient toute avancée en ce sens, peu pressés d'enfiler l'habit statutaire qui ne pourrait s'accompagner que de restrictions nouvelles, notamment syndicales. D'autant que « *dans certains domaines, quelques administrations estimaient déjà posséder des garanties supérieures* »⁸⁵ à celles que pourraient leur apporter un statut, au regard des avancées jurisprudentielles, légales et réglementaires qui accentuaient la particularité de la situation des agents publics, par les garanties et droits qui y étaient reconnus⁸⁶ ou inscrits⁸⁷.

D'évidence, il ressort, que toutes ces hésitations politiques et syndicales conjuguées à une doctrine partagée, où chaque partisan d'une même théorie apportait des nuances plus ou moins accentuées en fonction des événements (grève ou guerre⁸⁸), n'ont pas contribué à l'émergence plus rapide d'une conception

⁸² Jean Jaurès, lui-même, craignait « *le péril d'une confédération générale des salariés, tentée de dicter sa loi à l'État* » (discours à la chambre des députés du 10 mai 1907, rapporté par M. Pochard, *Les 100 mois de la fonction publique*, PUF, coll. Que sais-je ?, p. 6).

⁸³ Discours du Var, rapporté par G. Demartial.

⁸⁴ Séance à l'A.N. du 13 mars 1908, *Revue Mercure de France*, 1908, p. 121.

Ce qui faisait dire, fort justement, et non sans ironie, à Georges Demartial, « *qu'avant d'être libre passe l'obligation de manger* » (G. Demartial, *Le statut des fonctionnaires*, 1908, préc., p. 12).

⁸⁵ J. Siwek-Pouydesseau, *Le syndicalisme des fonctionnaires jusqu'à la guerre froide : 1848-1948*, Presses Universitaires de Lille, 1989, p. 47.

⁸⁶ « *Opposition (qui) se nourrit des garanties de plus en plus nombreuses offertes par la jurisprudence administrative* », L. Rouban, *La fonction publique*, Paris, éd. La Découverte, 3^{ème} éd., 2009, p. 21.

⁸⁷ Ex. : D. du 11 juin 1912 fixant le statut général des percepteurs ; D. du 11 juin 1912 portant sur la réorganisation de l'administration centrale du ministère de l'intérieur en ce qui concerne le recrutement, l'avancement et la discipline ; L. du 26 avril 1932 sur l'avancement du personnel de l'instruction publique (...).

⁸⁸ C.E., 28 juin 1918, *Heyriès*, rec. p. 651 ; S. 1922.III.49, note Hauriou, préc..

statutaire, et en conséquence, globale, de la fonction publique par les juges. Cela l'a même, très certainement, retardée.

§2.- Le passage au statut légal

Le dépassement du contrat de droit public n'interviendra qu'en 1937, avec l'arrêt *Demoiselle Minaire*⁸⁹ où le Conseil d'État va finir par abandonner « *l'idée de la rupture d'un prétendu contrat de fonction publique* »⁹⁰. Profitant d'une espèce identique à celle de l'arrêt *Winkell et Rosier*, il va se borner à dire « *qu'en se mettant en grève, les agents préposés au service public ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés afin de garantir l'exercice des droits qui leur appartiennent à l'égard de la puissance publique* ». Toutefois, bien que ce revirement de jurisprudence préfigura le passage du statut contractuel au statut légal, il fallut encore attendre quelques années pour que les obstacles qui l'avaient interdit soient enfin levés.

Bien que l'éphémère⁹¹ statut de 1941⁹² du gouvernement de fait de Vichy fut le premier à consacrer *l'état de fonctionnaire (A)*, la première acquisition statutaire remonte à la loi du 19 octobre 1946 portant statut général des fonctionnaires de l'État⁹³ qui prévoyait que « *le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire* »⁹⁴ **(B)**.

⁸⁹ C.E. (S), 22 oct. 1937, *Dlle Minaire*, rec. p. 843, concl. Lagrange ; D. 1938.III.49, note C. Eisenmann ; RDP 1938, p. 121, note G. Jèze ; S. 1940.III.13.

⁹⁰ GAJA, *op. cit.*, p. 79.

⁹¹ "Éphémère" ; car jamais vraiment appliqué et parce qu'il sera déclaré nul, avec effet rétroactif, par l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental, JORF (d'Alger) n° 65 du 10 août 1944, pp. 688-694.

⁹² Acte dit Loi n° 3982, 14 sept. 1941, relatif à l'organisation des cadres des services publics de l'État, JO, 1^{er} oct., pp. 4210-4218.

⁹³ L. n° 46-2294, 19 oct. 1946 portant statut général des fonctionnaires de l'État, JORF, 20 oct..

⁹⁴ Art. 5 de la Loi du 19 oct. 1946, préc..

A. Le statut "non républicain " de 1941

La loi du 14 septembre 1941 relative à l'organisation des services publics de l'État⁹⁵ s'était proposée de distinguer les fonctionnaires des autres agents publics en prévoyant que : « *tous les emplois qui ne répondent pas à l'objet propre du service public et tous ceux qui, par nature, sont analogues aux emplois privés, sont occupés par des employés. Les autres emplois sont occupés par des fonctionnaires* »⁹⁶. Toutefois, cette reconnaissance d'un statut propre aux fonctionnaires ne doit pas masquer la réalité des intentions du gouvernement de Vichy⁹⁷. Le « *caractère éminent de la fonction publique* »⁹⁸ n'y est affirmé seulement pour mieux imposer des règles dites « *spéciales* »⁹⁹ aux fonctionnaires. Rien d'autre.

Le droit de revendiquer est écarté en reprenant les principes de la jurisprudence *Minaire* qui reçoivent une consécration inédite avec l'article 17 qui prévoit que :

« Tout acte d'un fonctionnaire portant atteinte à la continuité indispensable et à la marche normale du service public qu'il a reçu pour mission d'assurer, constitue le manquement le plus grave à ses devoirs essentiels. Lorsqu'un acte de cette nature résulte d'une action collective ou concertée, il a pour effet de priver le fonctionnaire des garanties prévues par le présent statut en matière disciplinaire ».

⁹⁵ Acte dit Loi n° 3982, 14 sept. 1941, préc..

⁹⁶ *Ibid*, art. 2.

⁹⁷ « *Ce texte adopté sous le gouvernement de Vichy est idéologiquement marqué* » (H. Qazbir, *Le conflit d'intérêts dans le droit de la fonction publique*, AJFP 2014, p. 277).

⁹⁸ *Ibid*, art. 3.

⁹⁹ *Ibid*, art. 3.

Notons, et c'est une curiosité, au regard de la période où ce statut est édicté, que l'article 13 pourrait laisser supposer un "droit à la désobéissance", par l'emploi des termes utilisés, puisqu'il est dit que tout ordre d'un supérieur à ses subordonnés ne doit pas être entaché d'irrégularité ou que son exécution ne doit pas entraîner d'inconvénients graves. Rien de tel, puisque dans cette hypothèse, le conflit est ramené à la simple obligation de s'en référer à son supérieur ; supérieur qui peut maintenir l'ordre, qui dès lors doit être exécuté sans condition (article 13 : « *Si l'ordre donné est maintenu, il doit être exécuté* »)¹⁰⁰. Ainsi, comme le soutient le Professeur Éric Desmons dans sa thèse, *Droit et devoir de résistance en droit interne-Contribution à une théorie du droit positif* : « *cet article est moins progressiste qu'il n'y paraît, et s'il introduit l'embryon d'un droit de désobéissance c'est pour mieux s'assurer en retour l'obéissance sans faille du fonctionnaire* »¹⁰¹.

On constate également, à la lecture de ce texte, les atteintes flagrantes aux droits qui conditionnent l'entrée et le maintien dans l'emploi public à une allégeance au pouvoir et en filigrane à son idéologie. Les sujétions imposées aux fonctionnaires sont considérables pouvant aller jusqu'à peser sur la conduite de leurs vies privées où il leur est demandé une *dignité* (article 5) dont on mesura les attentes à la lecture de l'article suivant qui conditionne le mariage à l'intérêt du service (article 6). Et, comme si cela n'était pas suffisant, la confusion entre Gouvernement et Fonction publique, entretenue par ce statut par le biais du pouvoir hiérarchique, sera complétée par un retour au serment politique qui prévalait sous les régimes monarchiques et impériaux (pourtant abolis depuis 1870), puisque le régime de Vichy imposera aux fonctionnaires de prêter « *serment devant le chef de l'État* » à qui ils devaient jurer « *fidélité à sa personne* »¹⁰².

¹⁰⁰ Précision : sous aucun régime, fût-il républicain, n'a jamais été autorisée une « *clause de conscience* » au fonctionnaire public pour se soustraire au pouvoir hiérarchique. Lorsque les ordres sont légaux, mais paraissent inappropriés, indignes ou injustes, il reste les "devoirs de l'honneur" que sont la démission, la mutation, la mobilité ou le changement de fonction, quel qu'en soit le prix » (V. Potier, *Les conflits de valeurs dans la fonction publique territoriale*, AJDA 2013, p. 1221).

¹⁰¹ É. Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 193 », 1999, p. 139.

¹⁰² Acte dit constitutionnel numéro 7 du 27 janvier 1941 (J.O., 28 janv., p. 449), pour les hauts fonctionnaires. Serment qui sera étendu « *aux fonctionnaires de tous ordres* » par l'acte dit constitutionnel numéro 10 du 4 octobre 1941 (J.O., 5 oct., p. 4290).

B. Le caractère législatif et réglementaire du droit de la fonction publique depuis 1946

Les juridictions judiciaires entendent le terme de fonctionnaire dans un sens large, puisqu'il s'agit de réprimer une infraction dont il est la cible (confère l'article 11 du titre I du statut général¹⁰³) ou l'auteur (concussion, corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts...), la notion de fonctionnaire regroupe toute personne, à un degré quelconque, qui est soit dépositaire d'une autorité publique, soit en charge d'un mandat ou d'une mission de service public électif ou non, ce qui peut inclure des contractuels ou les collaborateurs bénévoles du service public. Cette absence de rationalisation de l'identité normative du fonctionnaire par les juridictions judiciaires s'explique par une volonté d'organiser la répression autour du seul intérêt qui compte, l'intérêt général¹⁰⁴. Intérêt général qui se rattache à toute activité publique, sans qu'il y ait besoin de rechercher l'existence ou non d'un quelconque statut professionnel de la victime ou du mis en cause¹⁰⁵.

La juridiction administrative, se basant sur l'autonomie du droit administratif, a opté pour une rationalisation de l'identité normative du fonctionnaire en distinguant parmi les agents publics la catégorie des fonctionnaires. Cela remonte à la jurisprudence *Hardouin* de 1923¹⁰⁶, amorcée bien avant la première acquisition statutaire, où a été considéré comme entrant dans cette catégorie celui qui répondait aux critères d'une permanence dans l'emploi

¹⁰³ « Les fonctionnaires bénéficient, à l'occasion de leurs fonctions et conformément aux règles fixées par le code pénal et les lois spéciales, d'une protection organisée par la collectivité publique qui les emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire au fonctionnaire ».

¹⁰⁴ Dans ce sens v. M. Wagner, *Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration de la pénalisation à outrance*, RSC 2011, p. 37 : « L'abandon de la notion de fonctionnaire par la jurisprudence (pénale) puis par le législateur (lors de la refonte du code pénal en 1992) est le témoignage d'une définition fonctionnelle des agents publics, qui ne sont visés que par référence à leur rôle dans la société ».

¹⁰⁵ « L'important est de savoir non pas si l'auteur de l'infraction relève de tel ou tel statut professionnel, mais s'il exerce des fonctions qui participent de la gestion des affaires publiques : c'est cette circonstance, et elle seule, qui justifie l'existence d'une infraction spécifique ou l'aggravation des peines normalement encourues par un particulier » (Rapport Colcombet (n°2244) présenté par la commission des lois du Sénat lors de la refonte du code pénal de 1991, p. 124, cité par M. Segonds, *Définition de la qualité d'agent public : la primauté du critère fonctionnel*, Dal. 2001 p. 2354).

¹⁰⁶ C.E., 9 mars 1923, *Hardouin*, RDP 1923, p. 239, concl. Rivet, préc..

occupé, affecté à un service public, par le biais « *d'une investiture* »¹⁰⁷ ("d'une titularisation"). Cette définition, reprise par le statut de 1941 qui l'avait codifiée¹⁰⁸, ne sera pas remise en cause par les statuts "républicains" qui vont lui succéder, bien que le dessein, *doit-on le préciser*, est tout autre puisque le consensus de 1946 autour des garanties octroyées par le premier statut ne doit pas être regardé, comme cela a pu être fait, comme une atténuation du pouvoir hiérarchique¹⁰⁹ qui est maintenu mais comme une protection contre l'arbitraire, dans un rapport renouvelé¹¹⁰ et recentré sur l'intérêt général au lieu de l'intérêt partisan¹¹¹. Aujourd'hui, cette définition se retrouve dans la rédaction de l'article 2 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat¹¹² qui dispose qu'est fonctionnaire toute personne qui, « *nommée dans un emploi permanent* », a été « *titularisée dans un grade de la hiérarchie des administrations* »¹¹³. Notons que les statuts relatifs à la fonction publique territoriale¹¹⁴ et à la fonction publique hospitalière¹¹⁵, qui forment avec celui de l'État le statut général des fonctionnaires, ne feront que reproduire cette définition, en des termes quasi identiques, puisque la seule différence se niche dans cet interstice qui admet l'hypothèse d'un recours à des fonctionnaires à temps

¹⁰⁷ Depuis l'arrêt *Hardouin*, le fonctionnaire est celui qui a été « *investi d'un emploi permanent dans les cadres d'un service public* » (C.E., 9 mars 1923, *Hardouin*, préc.).

¹⁰⁸ Voir art. 2 de l'acte dit Loi n° 3982, 14 sept. 1941, préc..

¹⁰⁹ P.-M. Gaudemet, *Le déclin de l'autorité hiérarchique*, Dal. 1947, chron. 35, pp. 137-140.

¹¹⁰ Avec le premier statut "démocratique" de 1946, « *la conception de la fonction publique est passée par la reconnaissance de chacun* » (A. Taillefait, *Déontologie des fonctionnaires et principes du service public de l'éducation nationale*, publication de L'École supérieure de l'éducation nationale, mars 2010).

¹¹¹ Voir C. Kaftami : « *Si les rapports entre l'État et le fonctionnaire ont été d'abord conçus sous un angle très favorable à la puissance étatique, la promotion de la théorie du service public semble avoir réussi à subordonner l'exercice du pouvoir administratif aux postulats du droit* » (*La formation du concept de fonction publique en France*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 196 », 1998, p. 159).

Pour être complet, il nous faut préciser que le respect du particularisme du fonctionnaire à la libération se met en place à travers d'autres textes spécifiques : la Constit. du 27 oct. 1946 qui leur accorde le droit de grève à condition qu'il s'exerce dans le cadre des lois qui le réglemente (art. 7) et son préambule qui leur reconnaît le droit syndical (art. 6).

¹¹² L. n°84-16 du 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, JO, 12 janv..

¹¹³ *Ibid*, art. 2.

¹¹⁴ L. n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale, JO, 27 janv..

¹¹⁵ L. n° 83-634 du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière, JO, 11 janv..

incomplet, alors que cette situation n'a pas été retenue dans la fonction publique d'État.

Si le statut général regroupe et organise les règles professionnelles applicables aux fonctionnaires civils qui ont été nommés dans un emploi permanent et titularisés dans un grade de la hiérarchie « *des administrations de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics y compris les établissements mentionnés à l'article 2 du titre IV du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales* », on remarque, en poursuivant la lecture de cet article 2 du Titre I, que les fonctionnaires des assemblées parlementaires et les magistrats de l'ordre judiciaire y sont expressément exclus, renvoyant ainsi implicitement à l'existence d'un autre statut. De même, ce texte en faisant une référence aux seuls fonctionnaires civils, exclut de fait le statut des militaires.

Ces exclusions formelles ou déduites ne sont pas limitatives, car le statut général des fonctionnaires n'a été conçu que comme l'élément central, de référence, d'un édifice statutaire plus ample. N'ayant jamais eu pour vocation d'organiser l'intégralité des situations liées au fonctionnariat, coexistent en lien avec lui ou en dehors de lui, d'autres statuts qui vont régir d'autres groupes ou corps de fonctionnaires. La doctrine qualifie ces statuts particuliers « *d'autonomes* »¹¹⁶, « *dérogatoires* »¹¹⁷ ou « *spéciaux* »¹¹⁸, selon qu'ils dérogent ou s'écartent du statut général de référence. Cependant, bien que dotés de statuts différents, ces agents publics n'en sont pas moins des fonctionnaires, puisque ce qui singularise le fonctionnaire de l'État, des collectivités territoriales ou des hôpitaux publics, régi par le statut général, du Professeur d'université, du militaire ou du magistrat de l'ordre judiciaire, régi par un statut particulier, s'explique, pour l'essentiel, pour des raisons d'indépendance liées à la profession (pour le

¹¹⁶ J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2009, p. 104.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 58.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 59.

Professeur d'université¹¹⁹ ou le magistrat de l'ordre judiciaire¹²⁰), ou pour des motifs de fonctionnement (pour le militaire¹²¹). On pourrait ainsi multiplier les exemples de statuts particuliers, mais cela serait sans conséquence sur la définition du terme de fonctionnaire puisque l'uniformité des fonctions publiques est observable au regard des éléments communs qui existent : la nomination dans un emploi permanent et l'intégration dans une hiérarchie administrative au moyen de la titularisation.

Aussi, s'il est vrai qu'il existe différents statuts, que chaque fonctionnaire est soumis aux règles contenues dans son statut, les différences au regard des oppositions, sont minimes. Dans ce sens, la doctrine relève, à titre d'exemple, que même « *l'opposition entre statut de fonctionnaires et statut de magistrats apparaît relative* »¹²².

¹¹⁹ En vertu de l'art. 2 du D. n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions communes applicables aux enseignants chercheurs et portant statut particulier du corps des Professeurs des universités et du corps des Maîtres de conférences, ils disposent « *d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du code de l'éducation, les principes de tolérance et d'objectivité* ». Cette indépendance a été reconnue par le Cons. constit. qui en a dégagé un PFLR pour les Professeurs d'université (Décis. n° 83-165 du 20 janv. 1984, L. relative à l'enseignement supérieur, Rec. Cons. constit. 1984, p. 30, JORF 21 janv.) et les Maîtres de conférences (Décis. n° 94-355 du 10 janv. 1995, L. organique modifiant l'ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 relative au statut de la magistrature, Rec. Cons. constit. 1995, p. 151, JORF 14 janv.). Ce PFLR oblige le législateur, en cas d'abrogation d'une loi, de prévoir une loi de substitution présentant les mêmes garanties d'indépendance car « *par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables* » (considérant, Décis. n° 83-165, 20 janv. 1984, préc., citée par C. Fortier, *Universités, Universités*, Actes de colloque, Université de Besançon, Dal., 2010, p. 7). Cette indépendance est également garantie par le C.E. qui impose « *que dans le cadre du déroulement de leur carrière (...) ils ne puissent être jugés que par leurs pairs* » (C.E., 22 mars 2000, *Ménard*, rec. p. 124).

¹²⁰ Ord. n° 58-1270 (modifiée) du 22 déc. 1958 portant L. organique relative au statut de la magistrature. Pour être précis, il ne faut pas rechercher le terme d'indépendance dans ce texte. Elle n'y figure que sous la forme d'une dérogation à l'interdiction de cumul d'activités pouvant être accordée à condition qu'elle ne soit « *pas de nature à porter atteinte à la dignité du magistrat et à son indépendance* » (art. 8). L'expression de cette indépendance est plutôt à rechercher dans l'art. 64 de la Constit. du 4 oct. 1958 qui pose le principe d'immovibilité des magistrats du siège et dans l'art. 65 qui prévoit le CSM, qui « *concoure (indéniablement) à l'indépendance de l'autorité judiciaire* » (Déc. Cons. constit. n° 2010-611 du 19 juil. 2010, L. organique relative à l'art. 65 de la const., JO, 23 juil., Rec. Cons. constit. p. 148, Cah. Cons. Constit. n° 30).

¹²¹ A titre d'exemple, voir l'art. 6 de la L. n° 2005-270 portant statut général des militaires du 24 mars 2005 (JORF, 26 mars) qui rend incompatible l'exercice du droit de grève avec l'état militaire. Incompatibilité que l'on retrouve dans d'autres corps (voir l'art. 2 de la L. n° 48-1504 du 28 sept. 1948 relative au statut des fonctionnaires de la police nationale).

¹²² S. Caudal, *Un statut de fonctionnaire ou de magistrat ?* JCPA n° 30, 25 juil. 2005, p. 1298.

SECTION 2

L'EXCLUSIVITÉ DU STATUT

De cette uniformité de la donnée statutaire qui place chaque fonctionnaire dans une situation légale et réglementaire quelle que soit la fonction publique à laquelle il appartient, il nous faut maintenant nous attacher à son caractère exclusif qui va conditionner le fonctionnaire dans un régime contraint et évolutif dans le sens voulu par l'administration (§1).

Ce caractère exclusif du statut est si fort que les relations de travail avec ceux qui en étaient à l'origine exclus ont connu un certain nombre d'évolutions qui comportent de grandes similitudes avec les titulaires. Une uniformité des situations par une publicisation de l'ensemble des personnels a, indéniablement, été opérée. C'est ce que nous verrons avec les agents contractuels qui ont été assimilés directement aux règles statutaires (§2).

§1.- L'acceptation par le fonctionnaire de sujétions propres à l'administration

Cette situation légale et réglementaire n'implique pas seulement, pour le fonctionnaire, une adhésion inconditionnelle aux règles qui vont le régir (A), puisque s'ajoute à cela une absence de garantie que la situation qui prévalait au moment de son entrée dans la fonction publique soit maintenue (B).

A. Une adhésion inconditionnelle

À l'opposé d'un droit commun du travail qui postule une égalité formelle entre les parties, le droit applicable aux fonctionnaires impose une inégalité des parties en scellant dès l'origine la situation du fonctionnaire. Bien que précédé d'une demande et d'une acceptation de la part de l'intéressé, toute analogie avec le contrat de travail de droit commun serait forcée¹²³ car le fonctionnaire ne souscrit

¹²³ La seule similitude avec le contrat de travail réside dans l'accord de volonté de l'impétrant car on ne devient pas fonctionnaire par hasard, il faut vouloir le devenir. Toute nomination d'office ou toute titularisation sans l'accord de l'intéressé emporte l'annulation de l'acte de nomination (cf: C.E., 12 déc. 1997, *Thibaudeau*, rec. p. 881 : en l'espèce, annulation de la titularisation d'un non titulaire de la FPT sans son accord).

pas un contrat mais adhère à une situation juridique établie objectivement et antérieurement à son entrée dans la fonction publique par des dispositions à portée générale et impersonnelle¹²⁴. C'est un acte créateur d'une situation objective qui ne crée « *pas une situation juridique nouvelle mais se borne à placer la personne qu'il concerne dans une situation générale préexistante* »¹²⁵. Cet acte créateur « *ne modifie, ni ne supprime aucune situation juridique. Il ne fait qu'attribuer ou retirer à un individu déterminé une situation générale et impersonnelle déjà établie par un acte-règle. L'acte-condition n'affecte donc en rien le contenu de la situation juridique (...) il vient (uniquement) conditionner la possession d'une situation générale et impersonnelle* »¹²⁶. C'est la raison pour laquelle la nature de la nomination apparaît comme un acte unilatéral sous condition résolutoire de l'acceptation par l'intéressé d'une situation juridique, légale et réglementaire, préconstituée. Les incompatibilités ou les obligations propres à chacun ne se présument, ne font pas l'objet d'une négociation ; elles s'exercent dans un cadre normatif strict. Par exemple, le fonctionnaire qui réussit un concours "d'avancement au grade" ne peut refuser de choisir l'un des postes qui lui a été proposé pour postuler à une autre affectation¹²⁷, sauf à renoncer au bénéfice du concours¹²⁸.

De cette exclusivité du statut, il ressort que tout accord qui ferait obstacle à une uniformité des conditions d'emploi serait nul ; « *aucun arrangement particulier ne peut intervenir entre l'administration et (le fonctionnaire) afin*

¹²⁴ « *La puissance publique est libre de fixer (unilatéralement) les conditions d'emploi de ses agents ; elle ne contracte pas mais impose un "statut"* », E. Marc et Y. Struillou, *Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ?*, RFDA nov. 2010, n° 6, p. 1169.

¹²⁵ É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 268 », 2011, pp. 126-127.

¹²⁶ R. Bonnard, *Précis élémentaire de droit administratif*, 1926, p. 37-38, cité par S. Théron, *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, Thèse L'harmattan, 2000, p. 535.

¹²⁷ Arrêt *Thibaudeau* précité (C.E., 12 déc. 1997).

¹²⁸ C.E., 19 juin 1996, *Bazin, Le Lionnais et Monjaret*, rec. p. 963.

d'ajouter ou déroger aux règles statutaires »¹²⁹, aussi minime soit-il, que cela soit au profit de l'agent¹³⁰ ou de l'administration¹³¹.

B. Le principe d'une adaptation constante aux nécessités du service

Le principe d'une adaptation constante aux nécessités d'organisation et de fonctionnement du service public est un principe ancien qui a été théorisé par Louis Rolland dès les années trente¹³² à partir d'une analyse de la jurisprudence relative à la suppression des services publics¹³³ : « *Le service public ne se présente jamais, (...) comme une construction une fois édifiée, à laquelle on ne pourra jamais toucher, à laquelle on ne pourra, tout au moins toucher, pendant un certain temps. C'est une construction qui peut, à tout moment, être modifiée par l'autorité compétente. Il est impossible qu'il en soit autrement* »¹³⁴.

Appliqué à la fonction publique, le principe d'adaptation (ou de mutabilité) se situe dans une même perspective d'évolution constante, « *dynamique et fonctionnelle* »¹³⁵, tendant à assurer à l'administration une marge de manœuvre suffisante lui permettant de remplir au mieux sa mission de service public. Pour ce faire, le Conseil d'État s'est invariablement refusé à reconnaître au fonctionnaire

¹²⁹ Voir Dufau, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, Thèse L'harmattan, 2000, p. 184.

¹³⁰ Le fonctionnaire ne peut prétendre à un droit acquis qui ne serait pas par définition prévu par le statut.

¹³¹ Le fonctionnaire ne peut renoncer à aucun élément du statut, comme par ex. son traitement (C.E. (S), 7 mai 1954, *Dame Lamaison*, rec. p. 259).

¹³² Pour L. Rolland il n'y a pas, à proprement parlé, de régime de service public, mais des principes qui s'y rattachent. Le principe d'adaptabilité (ou loi du changement) constitue, avec le principe d'égalité et de continuité du service public, l'un des trois principes (ou lois) *découverts* par lui (*Cours photocopié de droit administratif, D.E.S. de droit public*, 1934), auquel s'ajoute le sentiment d'appartenance et d'attachement à la personne publique (v. compte rendu du colloque *La Journée Louis Rolland du Master II Juriste de droit public*, Université du Mans, 17 mars 2014, m2jdp.wordpress.com).

¹³³ C.E., 10 janv. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, rec. p. 5 ; S. 1902.III.17, concl. Romieu, note Hauriou ; C.E., 29 déc. 1905, *Bardy*, S. 1907.III.58; C.E., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*.

¹³⁴ L. Rolland, *Cours de droit administratif, D.E.S. de droit public*, 1935/1936, p. 65.

¹³⁵ « *La notion de bonne administration se définit, dans son essence, par l'adaptation optimale des moyens, qui lui confère une perspective dynamique et fonctionnelle* », R. Bousta, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Thèse L'Harmattan, 2010, p. 191.

un droit au maintien de la réglementation existante¹³⁶, qui peut toujours évoluer dans le sens voulu par la personne publique. Le détenteur du pouvoir réglementaire devant « toujours avoir la possibilité de défaire ce qu'il a fait, sans pouvoir se lier pour l'avenir »¹³⁷ puisque l'idée qui prédomine étant « que la norme nouvelle est présumée meilleure que la norme ancienne »¹³⁸. Pour reprendre les termes utilisés dans une décision récente du Conseil d'État qui revêt la nature d'un considérant de principe : « L'exercice du pouvoir réglementaire implique pour son détenteur la possibilité de modifier à tout moment les normes qu'il définit sans que les personnes auxquelles sont, le cas échéant, imposées de nouvelles contraintes, puissent invoquer un droit au maintien de la réglementation existante »¹³⁹.

Ainsi, hormis, le respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs¹⁴⁰, auxquels l'autorité investie du pouvoir réglementaire ne peut déroger¹⁴¹, d'une part, et les motifs de sécurité juridique, qui reposent « sur des considérations d'opportunité et de faisabilité »¹⁴², qui peuvent l'obliger à prendre les mesures transitoires qu'implique la nouvelle réglementation¹⁴³, d'autre part, toute norme nouvelle aux situations en cours dans l'administration a vocation à s'appliquer immédiatement.

¹³⁶ C.E., 25 juin 1954, *Syndicat national de la menuiserie de Seigle*, rec. p. 379 ; C.E. 27 juin 1961, *Sieur Vannier*, rec. p. 60, concl. J. Kahn.

¹³⁷ G. Eveillard, note sous C.E. (A), 13 déc. 2006, *Mme Lacroix*, RFDA 2007, n° 6, p. 275.

¹³⁸ Concl. Genevois sur C.E. (S), 19 déc. 1980, *Revilod*, rec. p. 479, cité par Guyomar, concl. sur C.E. (A), 13 déc. 2006, *Mme Lacroix*, n° 287845, rec. p. 540 ; RFDA 2007, n° 6, p. 275 ; AJDA 2007, p. 358, chron. Lenica et Boucher.

¹³⁹ C.E. (A), 13 déc. 2006, *Mme Lacroix*, n° 287845, concl. Guyomar, rec. p. 540 ; RFDA 2007, n° 6, p. 275 ; AJDA 2007, p. 358, chron. Lenica et Boucher.

Pour une dernière application de cette formule jurisprudentielle, voir C.E., 20 mars 2013, n° 357945.

¹⁴⁰ C.E. (A), 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, rec. p. 289 ; principe général du droit.

¹⁴¹ Seul le législateur peut y déroger.

¹⁴² Concl. M. Guyomar sur C.E. (A), 13 déc. 2006, *Mme Lacroix*, n° 287845, rec. p. 540 ; AJDA 2007, p. 358, chron. Lenica et Boucher.

¹⁴³ C.E. (A), 24 mars 2006, *Société KPMG et société Ernst et Young et autres*, concl. Y. Aguilla, rec. p. 1564 ; GAJA, 17^{ème} éd., 2009, n° 115 ; AJDA 2006, p. 1028, Chron. Landais et Lenica ; RFDA 2006, p. 463. Voir aussi : B. Huglo, *Une nouvelle obligation : celle de bien réglementer ?*, AJDA 2009, p. 20 ; F. Chaltiel, *Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité. Développements récents*, AJDA 2009, p. 1650. ; et, C.E., 13 déc. 2006, *Mme Lacroix*, préc..

§2.- L'influence du statut sur la situation des non titulaires

Il nous faut, maintenant, nous attacher à la situation de cette autre catégorie d'agents publics traditionnellement rangée parmi les agents non titulaires, car « *la mise à l'écart de la notion de "contrat de fonction publique" ne signe pas la fin de la coexistence entre contrat et statut dans la fonction publique française* »¹⁴⁴. Hormis le cas particulier des stagiaires, qui ont vocation à être titularisés¹⁴⁵ et qui ont un statut qui « *les rend sinon proche de celui des fonctionnaires titulaires, tout au moins très éloignés des autres agents non titulaires, au point que parfois les textes et constamment la pratique les qualifient de fonctionnaires stagiaires* »¹⁴⁶, les personnels non titulaires constituent « *un large spectre continu plutôt que discontinu* »¹⁴⁷ qui se regroupent sous des appellations si diverses et foisonnantes¹⁴⁸ que Marcel Pochard, commissaire du gouvernement, en concluait qu'il est de « *bon ordre de les qualifier de façon générale d'agents contractuels* »¹⁴⁹.

Nous verrons que leur situation est paradoxale **(A)** et qu'ils sont assimilables, sous bien des aspects, aux fonctionnaires **(B)**.

¹⁴⁴ A. Fitte-Duval, *Statut et contrat : quelle coexistence dans la fonction publique hospitalière ?*, AJFP 2011, p. 250.

¹⁴⁵ « *Après la période probatoire ou la période de formation qui est exigée par le statut particulier du corps dans lequel ils ont été recrutés* » (art. 1er, D. n° 94-874 du 7 oct. 1994 fixant les dispositions communes applicables aux stagiaires de l'État et de ses établissements publics), s'ils sont considérés comme aptes pour l'exercice des fonctions (C.E., 25 oct. 1972, *Bureau d'aide sociale de Montferran-Saves*, rec. p. 668 : si les stagiaires ont vocation à être titularisés, ils n'ont aucun droit à la titularisation).

¹⁴⁶ A. Taillefait, *Les agents non titulaires de droit public*, E.C.T 2010.

¹⁴⁷ Cour des comptes dans son rapport pour 2001, p. 87.

¹⁴⁸ *Ibid* : « *En définitive, les personnels contractuels constituent un large spectre continu plutôt que discontinu, les différentes catégories se chevauchant. Cet ensemble est fortement hétérogène car on y trouve des agents rémunérés sur des emplois budgétaires ou sur des crédits, bénéficiaires de contrats ou de décisions unilatérales de recrutement, recrutés sur contrats à durée indéterminée ou pour des périodes variant de quelques jours à trois ans reconduites ou non, soumis à des règlements de gestion ou non, recrutés par quasi-concours ou sans procédure, éventuellement détachés depuis des corps de fonctionnaires titulaires, exerçant à temps complet ou incomplet, remplissant des fonctions similaires à ceux des fonctionnaires titulaires ou au contraire des fonctions particulières, ayant enfin vocation ou non à titularisation* », p. 87.

¹⁴⁹ *Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique*, CFPA, juin 2002, p. 3.

A. La situation paradoxale du contractuel

Par contractuel, il ne faut pas rechercher un emprunt au droit privé par une assimilation des règles applicables entre particuliers dans leurs relations interpersonnelles ; le Conseil d'État s'est toujours refusé à considérer que les conditions d'engagement des agents contractuels, qui ont la qualité d'agent public, puissent être soumises aux dispositions du code du travail, quelles que soient les mentions figurant dans le contrat¹⁵⁰. « *Cela est si vrai que, lorsqu'une garantie du code du travail lui paraît s'imposer aux agents publics, (le Conseil d'État) énonce le principe général du droit dont s'inspire le code du travail pour offrir cette garantie aux intéressés* »¹⁵¹, selon la *méthode*¹⁵² définie par la jurisprudence *Dame Peynet*¹⁵³ qui fait prévaloir un *impératif d'équité*¹⁵⁴ sur l'absence de texte, dès lors que « *les nécessités propres du service ne s'y opposent pas* »¹⁵⁵. De cette découverte d'un principe général du droit « *dont s'inspire* » le code du travail, on notera que le Conseil d'État écarta la proposition de Suzanne Grévisse qui concluait que les agents publics devaient pouvoir « *bénéficier* », au nom d'une unité du droit social, « *de droits équivalents à ceux que la législation du travail*

¹⁵⁰ C.E., 8 juil. 1959, *Section de la Corrèze du syndicat national de l'apprentissage*, rec. p. 437 ; C.E. 13 janv. 1995, *Granero*, rec. p. 25 ; C.E. (A), 8 juin 1973, *Dame Peynet*, rec. p. 406-421, concl. S. Grévisse, JCP 1974.II.17957, note Saint-Jours.

¹⁵¹ D. Artus, *Conséquences sur les contrats de la reprise en régie d'un SPA géré par une personne privée*, AJDA 2003, p. 1280.

¹⁵² La formulation d'un principe général par référence à la législation sociale de l'arrêt *Dame Peynet*, a fait l'objet d'une vive critique de la part de la doctrine. A ce sujet, voir S. Rials : « *peu ou prou, toutes les règles précises de n'importe quel Code s'inspirent d'un certain nombre de principes fondamentaux qui les sous-tendent* » (*Sur une distinction contestable et un trop réel déclin*, AJDA 1981, p. 117, cité par J.-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Thèse LGDJ, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses – Volume n° 26 », 2003, p. 374).

¹⁵³ C.E. (A), 8 juin 1973, *Dame Peynet*, préc..

¹⁵⁴ « *C'est un "motif supérieur d'équité"* (selon le mot de Bruno Genevois, *Principes généraux du droit*, Encyclopédie Dalloz, Contentieux administratif n°532 à 536, p. 46) *qui incita le Conseil d'État, contre les conclusions du commissaire du Gouvernement Labetoulle, à mettre en œuvre l'unité du droit social en matière de rémunération, en imposant une rémunération minimale à tous les employeurs, y compris aux employeurs publics comme les communes* » (*Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques*, J. Mekhantar, RAJF 2000, à propos de l'arrêt *Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou*, C.E., 23 avril 1982, rec. p. 152, concl. Labetoulle).

¹⁵⁵ « *Le principe général, dont s'inspire l'article 29 du livre 1er du Code du travail, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, (ce principe) s'applique aux femmes employées dans les services publics lorsque, comme en l'espèce, aucune nécessité propre à ces services ne s'y oppose* » (C.E. (A), 8 juin 1973, *Dame Peynet*, préc.) (*ou aucune disposition légale ! ; autre condition non mentionnée*).

reconnaît à l'ensemble des salariés »¹⁵⁶. Sans doute que les *limites* qui étaient attachées à cette proposition de reconnaissance, à savoir que « *les nécessités propres du service n'y (fassent) pas obstacle* » et « *qu'aucune disposition législative ne l'exclut expressément* »¹⁵⁷, n'étaient pas suffisantes pour la haute juridiction et ne l'ont pas convaincue au regard des conséquences qui pouvaient en découler. Elle préférerait à cela la solution qui consiste à avoir un champ d'application restreint, circonscrit à la situation qui lui serait soumise, pour en dégager par une « *sorte d'induction amplifiante* »¹⁵⁸ la règle du code du travail dont elle pourrait *s'inspirer*¹⁵⁹.

N'étant pas assimilable aux salariés du secteur privé, l'hypothèse d'un rapprochement avec les agents titulaires ne le serait pas pour autant selon le Conseil d'État qui considère que « *les agents contractuels et les fonctionnaires ne se trouvent pas dans la même situation juridique au regard du service public* »¹⁶⁰, en raison de la « *nature particulière des liens* »¹⁶¹ qui s'établissent entre l'administration et ses agents contractuels. C'est ainsi, qu'il interdisait au pouvoir réglementaire le droit de « *transposer purement et simplement aux contractuels des règles statutaires qui, élaborées pour des corps de fonctionnaires de carrière recrutés en principe sur concours, ne sont, par construction, pas adaptées à la*

¹⁵⁶ Concl. S. Grévisse sur C.E. (A), 8 juin 1973, *Dame Peynet*, préc., rec. p. 416.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ GAJA, Dal., 4^{ème} éd., 2008, p. 41.

¹⁵⁹ La solution de l'arrêt *Dame Peynet* d'interdire de licencier une auxiliaire enceinte (sauf dans certains cas, ex. : faute grave, C.E., 27 janv. 1989, *CHR de Rambouillet c/ Mme Carluer*, rec. p. 36, AJDA 1989, p. 553, obs. S. Salon), sera confirmée par la suite (C.E., 24 avril 1981, *Forma*, rec. p. 190) et étendue à tous les personnels travaillant pour le compte d'une personne publique (C.E., 20 mars 1987, *commune de Bonneval*, n° 62553, rec. p. 99, à propos d'une stagiaire enceinte), avant de trouver une réponse législative qui pallia l'absence de texte pour les non titulaires des trois fonctions publiques (art. 49, D. n°86-83 du 17 janv. 1986, pour la FPE; art. 41, D. n°88-145 du 15 fév. 1988, pour la FPT ; et, art. 45, D. 91-135 du 6 fév. 1991, pour la FPH ; voir à ce sujet E. Aubin, *L'influence du droit du travail sur la situation des personnels de la fonction publique territoriale*, E.C.T., juin 2006). La *technique* permettra aux juges de *découvrir* d'autres principes : droit à percevoir une rémunération qui ne saurait être inférieure au SMIC (C.E., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou*, préc.) ; droit pour un agent public faisant l'objet d'une suspension, alors qu'aucune sanction disciplinaire (ou pénale) n'a été prononcée à son encontre, de recouvrer l'intégralité de la rémunération dont il a été privé (C.E. (A), 29 avril 1994, *Colombani*, rec. p. 209, concl. Fratacci, RFDA 1994, p. 479 ; AJDA 1994, p. 409, chron. Mangué et Touvet) ; droit au retrait de l'agent si l'opération qui lui est demandée présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé (TA Besançon, 10 oct. 1996, req. n° 960071, AJFP 1996, p. 39).

¹⁶⁰ C.E., 11 janv. 1980, *Sieur Delaunay*, rec. p. 780 ; CAA de Lyon, 18 juin 1996, n° 94LY01022 ; C.E. (S), 16 mars 2011, n° 322209.

¹⁶¹ C.E. (S), 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, rec. p. 375.

*spécificité des conditions d'emploi d'agents contractuels recrutés dans le cadre et pour les besoins définis par le législateur »*¹⁶².

Néanmoins, cette formule explicative, on l'a vu, tient pour l'essentiel à cette donnée originaire qui remonte à la publication des premiers statuts qui a généralisé le système de carrière qui postule que les emplois permanents ne peuvent être occupés que par des fonctionnaires¹⁶³ ; l'agent contractuel ne pouvant être recruté que pour un besoin spécifique, une mission supplétive, ne présentant pas un caractère définitif.

Aussi, cette exclusion formelle qui voudrait qu'existent deux mondes qui ne se traversent pas en raison d'une « *spécificité des conditions d'emploi* »¹⁶⁴, ne constitue-t-elle pas l'unique argument d'une différence, d'une particularité, des fonctionnaires sur les agents contractuels ? Et résiste-t-elle, encore, à cette tendance jurisprudentielle qui tend à *fonctionnariser* la situation des agents publics non titulaires¹⁶⁵ et aux « *développements du droit communautaire (qui) ont pour effet de banaliser les systèmes de fonctions publiques nationales en aplanissant leurs spécificités* »¹⁶⁶ ?

B. L'assimilation du contractuel aux règles statutaires

En 1979, le président Bruno Genevois relativisait la situation non statutaire de l'agent contractuel de l'État et ne voyait pas en quoi, du point de vue du droit de la fonction publique, elle différait de celle du fonctionnaire : « *l'aspect proprement contractuel est illusoire dans la mesure où le contenu du contrat est le plus souvent prédéterminé par des dispositions réglementaires qui s'imposent aux*

¹⁶² C.E., 30 janv. 1997, avis n° 359964, Rapport public 1998, EDCE n° 49, p. 185.

¹⁶³ Sauf dérogation législative.

¹⁶⁴ C.E., 30 janv. 1997, avis n° 359964, Rapport public 1998, EDCE n° 49, p. 185, préc..

¹⁶⁵ Voir en ce sens E. Aubin, pour qui, le juge en s'inspirant du système de carrière des fonctionnaires, pour les contractuels sous CDI, participe à un mouvement de « *fonctionnarisation rampante* » (*La fonction publique territoriale*, éd. Lextenso, 2009, 3^{ème} éd., p. 143).

¹⁶⁶ Voir à ce propos M.-F. Cristophe-Tchakaloff, *Fonction publique et droit communautaire*, AJFP 2001, p.4.

parties. Derrière le contrat, il y a en fait un statut qui se dessine »¹⁶⁷. Plus récemment, Emmanuel Glaser, commissaire du gouvernement, adoptait une même approche et prolongeait l'assimilation statutaire du contractuel dans ses conclusions sur l'arrêt *Cavallo*¹⁶⁸ où il concluait que « *ce qui est réellement contractuel dans le contrat d'un agent public est seulement **interstitiel** et, au fur et à mesure que les statuts se développent, cet espace se rétrécit* »¹⁶⁹.

Le caractère "**interstitiel**" s'exprime, d'abord, par le fait que le lien de séparation avec l'agent public titulaire repose sur une faible spécificité des conditions d'engagement ; « *en réalité, comme le fonctionnaire qui accepte sa nomination, l'agent contractuel qui signe son contrat adhère à un statut* »¹⁷⁰. L'entrée dans l'administration est, dans tous les cas, conditionnée à l'acceptation d'une situation marquée par l'unilatéralisme qui trouve sa source dans la réglementation applicable. Pour les non titulaires des trois fonctions publiques, elle a été regroupée sous forme de décrets¹⁷¹ qui constituent, en quelque sorte, leurs statuts. Sur ce point, rien ne les singularise des fonctionnaires ; « *par bien des aspects de leur situation, la plupart (des contractuels) finissent pas être traités comme de véritables fonctionnaires* »¹⁷². Comme pour eux, la signature du contrat ne fait que déclencher l'application d'une situation prédéterminée par les textes. Dès lors, le contrat de fonction publique n'apparaît « *finalement (que) comme attributif d'une situation légale et réglementaire* »¹⁷³ ; « *la situation de l'agent contractuel ne présente aucune originalité, comme tous les agents publics, il est*

¹⁶⁷ Concl. B. Genevois sur C.E. (S), 25 mai 1979, *Mme Rabut*, rec. p. 231.

¹⁶⁸ C.E. (A), 31 déc. 2008, *M. Cavallo*, req. n° 283256, concl. E. Glaser, rec. p. 429, (*Les Obligations de l'administration qui a irrégulièrement recruté un agent contractuel de droit public* ; AJDA 2 fév. 2009 p. 142, *Le retour du "fonctionnaire contractuel" ?*, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; RFDA 2009 p. 89, *La situation des agents contractuels*, E. Glaser ; JCP (Administrations et collectivités territoriales), n° 11, 9 mars 2009, 2062, D. Jean-Pierre ; JCP 2009.I.130, § 8, B. Plessix ; JCP-A n° 3, mars 2009, com. n° 41, *Nouvelle illustration de la situation "quasi-réglementaire" des agents publics contractuels*, F. Melleray.

¹⁶⁹ Concl. E. Glaser sur C.E. (A), 31 décembre 2008, *M. Cavallo*, préc..

¹⁷⁰ E. Glaser, *La situation des agents publics contractuels*, RFDA 2009, *op. cit.*, p. 89.

¹⁷¹ Le décret n°86-83 du 17 janv. 1986 relatif aux dispositions applicables aux agents non titulaires de l'État, le décret n°88-145 du 15 fév. 1988 relatif aux agents non titulaires de la FPT et celui du 6 fév. 1991 (n° 91-135) relatif aux agents contractuels de la FPH.

¹⁷² A. Plantey, *Traité général de la fonction publique*, Litec, 2^{ème} éd., 2001, p. 51.

¹⁷³ A. de Laubadere, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T. 5, *La fonction publique*, sous la direction de Y. Gaudemet, LGDJ, 2000, 12^{ème} éd., p. 43.

*dans une situation légale et réglementaire à l'égard de l'administration »*¹⁷⁴. La nature conventionnelle de la relation avec la personne publique, supposée par la terminologie utilisée ("contrat"), est « *illusoire* »¹⁷⁵ puisque les règles impératives contenues dans la réglementation s'imposent aux parties qui ne peuvent y déroger¹⁷⁶. De plus, il ne peut être fait obstacle à l'application d'une nouvelle réglementation puisque l'autorité administrative peut selon une formule maintes fois utilisée « *fixer et modifier librement les dispositions statutaires qui régissent* » les agents publics, « *même contractuels* », y compris dans ses aspects les plus conventionnels, c'est-à-dire « *celles qui sont relatives aux conditions de leur rémunération* »¹⁷⁷.

La logique statutaire propre au fonctionnaire est poussée tellement en avant que non seulement le non titulaire ne peut prétendre à un droit au maintien de la réglementation¹⁷⁸, mais peut en appeler au respect des actes d'exécution du contrat pour le rendre conforme aux prescriptions réglementaires applicables, puisque le juge, en la matière, a tiré « *toutes les conséquences contentieuses du caractère*

¹⁷⁴ Y. Gaudemet *Existe-t-il une catégorie d'agents publics contractuels de l'administration ?*, AJDA 1977, p. 618.

¹⁷⁵ Concl. B. Genevois sur C.E. (S), 25 mai 1979, *Mme Rabut*, rec. p. 231, préc..

¹⁷⁶ C.E. (S), 25 mai 1979, *Mme Rabut*, rec. p. 231, préc.. Cette jurisprudence ne fait que suivre la solution dégagée pour les fonctionnaires par l'arrêt *Sieur Portebois*, évoquée plus haut, qui veut que « *la situation des fonctionnaires telle qu'elle est fixée par les lois et règlements ne saurait être modifiée par des accords contractuels* » (C.E. (S), 25 oct. 1929, rec. p. 930 ; D. 1929.III.57).

¹⁷⁷ « *L'autorité administrative compétente peut, dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires applicables, fixer et modifier librement les dispositions statutaires qui régissent les agents des services publics, même contractuels, et notamment celles qui sont relatives aux conditions de leur rémunération* », C.E., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, rec. p. 241 ; AJDA 1964, p. 680, chron. Puybasset et Puissochet ; C.E., 11 mai 1977, *Syndicat national du personnel navigant de l'aéronautique*, rec. p. 209, JCP 1978.II.18930, note J. Dufau ; C.E., 6 nov. 1987, *Mme Ravey et Mme Messan c/ Cie de La Cournevet*, T. du rec. p. 797, RFDA 1988 p. 491 ; C.E., 11 oct. 1995, *Institut géographique national*, T. du rec. 829 ; C.E., 3 déc. 2001, *M. Vesque*, req. n° 216660, rec. T. 1014.

¹⁷⁸ C.E., 25 juin 1954, *Syndicat national de la menuiserie de Seigle*, rec. p. 379 ; C.E. 27 juin 1961, *Sieur Vannier*, rec. p. 60, concl. J. Kahn.

Le fait que l'agent public soit titulaire ou contractuel de droit public étant indifférent, en la matière, puisque tous participent au fonctionnement du service public et « *modifier les obligations du service public ce n'est pas autre chose que modifier les règles du fonctionnement du service public lui-même* » (A. de Laubadere, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité de droit administratif*, LGDJ, T. 2, *Les contrats administratifs*, 2^{ème} éd., 1984, p. 404).

quasi-statutaire de la situation »¹⁷⁹ de ces agents, en leur ouvrant le recours pour excès de pouvoir¹⁸⁰.

Le caractère "**interstitiel**" repose, ensuite, sur une redéfinition des conditions d'emploi des agents contractuels qui ne sont plus cantonnés à une mission ponctuelle limitée dans le temps, puisque la logique statutaire du système de carrière, évoquée plus haut, qui entend réserver la permanence des emplois aux seuls fonctionnaires, a subi de **nombreuses entorses** par l'introduction du contrat à durée indéterminée dans l'administration.

La première entorse remonte à une loi du 12 avril 2000¹⁸¹ qui a ouvert le recours à ce type de contrats aux non titulaires afin de tenir compte des conséquences de l'arrêt *Berkani*¹⁸² qui avait certes simplifié l'état du droit antérieur¹⁸³, mais surtout créé un vide juridique en considérant que « *les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi* »¹⁸⁴. Il fallait bien régulariser la situation des agents contractuels qui

¹⁷⁹ F. Melleray, *Les spécificités du contentieux des agents publics non titulaires*, Acte de colloque, Montpellier 2010, *Les agents publics non titulaires : du contrat au statut*, cité par A. Marceau, *La participation des collectivités territoriales à la "privatisation" de l'emploi public*, p. 228, contribution à l'ouvrage intitulé *Quelle place pour les collectivités territoriales dans la politique de l'emploi ?*, de V. Donier (sous sa direction), éd. L'harmattan, 2012, 282 p..

Voir, aussi, *Nouvelle illustration de la situation "quasi-réglementaire" des agents publics contractuels*, F. Melleray, préc..

¹⁸⁰ C.E. (S), 25 mai 1979, *Mme Rabut*, rec. p. 231, préc..

¹⁸¹ L. n° 2000-32 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, JO 13 avril.

¹⁸² TC, 25 mars 1996, *Berkani c/ Crous de Lyon-Saint-Étienne*, concl. P. Martin, rec. C.E., p. 535 ; RFDA 1996, p. 81 ; AJDA 1996 p. 355 chron. Stahl et Chauvaux ; LPA, 15 janv. 1997, p. 35, note Alberelli-Francfort.

La solution de cet arrêt sera adoptée par la C. cass. (ch. soc., 18 juin 1996, *Gonin*) et reprise par le C.E. (26 juin 1996, *Commune de Céreste c/ Moreschi et autres*, AJDA 1996, p. 808).

¹⁸³ Depuis l'arrêt *Affortit et Vingtain* (C.E. 4 juin 1954, rec. p. 342, concl. Chardeau) et *Dame veuve Mazerand* (TC, 25 nov. 1963, rec. p. 792) une jurisprudence pointilleuse, des plus complexes, définissait l'agent public par référence à une participation directe de celui-ci à l'exécution d'un service public. Le recours au critère organique de l'arrêt *Berkani* a permis d'aboutir à une simplification du critère de l'agent public et, en conséquence, à « *un état du droit plus satisfaisant* » (chron., préc., Stahl et Chauvaux, AJDA 1996 p. 355, à propos de l'arrêt *Berkani*).

¹⁸⁴ TC, 25 mars 1996, *Berkani c/ CROUS de Lyon-Saint-Étienne*, préc..

passaient d'un contrat à durée indéterminée de droit privé à un contrat à durée déterminée de droit public¹⁸⁵.

La seconde entorse résulte de la loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transpositions du droit communautaire à la fonction publique¹⁸⁶, qui a contraint le législateur à élargir plus encore la possibilité pour les contractuels d'occuper des emplois permanents¹⁸⁷ et qui a encadré la liberté d'engagement en la limitant à une durée totale de six ans¹⁸⁸, terme au-delà duquel ils ne pourront être reconduits que pour une durée indéterminée¹⁸⁹.

Les modifications apportées laissent la doctrine perplexe. Sophie-Justine Liéber et Damien Botteghi s'interrogeaient sur un possible retour du "fonctionnaire contractuel"¹⁹⁰. D'autant que la portée du changement opérée sur les conditions d'emplois des contractuels de droit public sous contrat à durée indéterminée a été l'amorce de réformes plus profondes où ces *nouveaux permanents* ont été associés directement à celles visant les fonctionnaires. Ainsi, la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 dite de modernisation de la fonction publique¹⁹¹ les a rattachés au nouveau régime des incompatibilités, qui a retenu « *une définition large du champ auxquelles (elles) s'appliquent* »¹⁹². Au lieu de se contenter de modifier ou compléter ce qui constitue en quelque sorte leurs *statuts*, les décrets de 1986-91¹⁹³, la loi a pris appui sur le socle commun aux trois

¹⁸⁵ Voir P. Boutelet, *Droit d'option des "Berkaniens"*, AJFP 2011, p. 11.

¹⁸⁶ L. n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transpositions du droit communautaire à la fonction publique, JO 27 juil. (en l'espèce, la directive 1999/70/CE du Conseil du 18 juin 1999).

¹⁸⁷ Modification de la loi précitée.

¹⁸⁸ De manière continue.

¹⁸⁹ Comme le font remarquer S.-J. Liéber et D. Botteghi : « *le temps où l'on pouvait dire que la durée du contrat de fonction publique était déterminée semble s'éloigner* » (*Le retour du "fonctionnaire contractuel" ?*, AJDA 2009 p. 142).

¹⁹⁰ S.-J. Liéber et D. Botteghi, *Le retour du "fonctionnaire contractuel" ?*, AJDA 2009 p. 142, préc..

¹⁹¹ L. n° 2007-148, 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, JORF, 6 fév..

¹⁹² Circulaire n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État, p. 3.

¹⁹³ D. du 17 janv. 1986 (préc.) pour le FPE, du 15 fév. 1988 (préc.) pour la FPT et du 6 fév. 1991 (préc.) pour la FPH.

fonctions publiques constitué par la loi du 13 juillet 1983 pour les intégrer expressément au nouveau dispositif.

Compte tenu de ce nouveau "statut", des droits nouveaux se sont ouverts à eux. À titre d'exemple, ils disposent désormais d'un droit à une mobilité qui « *s'apparente à la procédure de détachement des fonctionnaires* » puisqu'elle « *permet de changer d'employeur (...) sans toutefois perdre le bénéfice, si la nouvelle fonction ne les satisfait pas, de la relation contractuelle initiale à durée indéterminée* »¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Circulaire du 16 juillet 2008 (NOR INT/B/08/00134/C) relative aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de la FPT prises par le décret du 24 déc. 2007 qui modifie celui du 15 fév. 1988, p. 17.

Conclusion du chapitre I

L'étude de la spécificité du statut, de son caractère exclusif, nous a conduit au constat que le champ des personnes concernées n'était pas aussi restreint que ce que l'on pouvait l'envisager. Les agents publics, fonctionnaires et non titulaires, quelque soit le lien de droit public qui les identifient, statut ou contrat, sont unis à la personne publique dans un régime légal et réglementaire qui présente de grandes similitudes. Nous avons constaté que l'aspect contractuel du non titulaire a connu récemment de grandes évolutions qui renforcent le régime des incompatibilités. Au fil des développements du statut, la contrainte statutaire s'est accentuée, ce qui nous a conduit au constat que l'espace qui était réservé jusque là aux seuls fonctionnaires se resserre et que désormais la situation de l'ensemble des personnels de la personne publique est marquée par une uniformité, notamment pour ce qui touche au domaine des incompatibilités.

CHAPITRE II

LA CONTRAINTE MORALE

Le terme de déontologie a longtemps été réservé aux seules professions réglementées¹⁹⁵ pour déterminer les contraintes professionnelles¹⁹⁶, pensées par ceux qui font autorité¹⁹⁷. On parlait jusqu'à encore récemment plus des devoirs et des obligations des agents publics que de déontologie ; et pourtant, l'administration n'échappe plus à ce mouvement qui connaît une application grandissante. En ce sens, une recherche rapide sur un moteur de recherche internet nous apprend qu'il existe un point commun entre une esthéticienne et un policier¹⁹⁸: un code de déontologie. Il est probable que Jeremy Bentham¹⁹⁹ à qui l'on doit l'étymologie du mot déontologie²⁰⁰, et sa signification comme « *la connaissance de ce qui est juste ou convenable* »²⁰¹ rapportée à toute activité humaine²⁰², ne s'attendait pas à une telle reconnaissance lorsqu'il l'envisageait « *à cette partie du domaine des actions [de l'homme] qui ne tombe pas sous l'empire de la*

¹⁹⁵ Avocats, architectes, médecins, pharmaciens...

¹⁹⁶ Dans tous ses aspects, puisque l'organisation de toute profession réglementée se fait aussi au bénéfice des tiers (patients ou clients), qui peuvent saisir l'ordre en cas de manquement à la déontologie professionnelle.

¹⁹⁷ L'élaboration et la préservation des règles déontologiques relèvent d'organisations ordinales ("De pair à compagnon").

Pour une étude d'ensemble des juridictions ordinales dans les principes d'organisation et de fonctionnement v. J.-P. Markus, *Les juridictions ordinales*, LGDJ, 2003.

¹⁹⁸ D. n° 86-592, 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale, JO, 19 mars, codifié depuis janvier 2014 au livre IV, titre 3, chapitre 4 de la partie réglementaire du code de la sécurité intérieure.

Pour un comm. v. B. Thomas-Tual, *Le code de déontologie de la police nationale : un texte passé inaperçu*, RDP, 1991, pp. 1385-1405.

¹⁹⁹ J. Bentham, *Déontologie, ou science de la morale*, Paris, 1834.

²⁰⁰ Pour Bentham : « *Le mot Déontologie est dérivé de deux mots grecs, τὸ δέον ("deon") (ce qui est convenable) et λογία ("logia") (connaissance)* », *Ibid*, p. 21.

²⁰¹ *Ibid*, p. 21.

²⁰² Pour Bentham les rapports humains « *forment différents cercles : ainsi naissent tour à tour le cercle domestique, social, professionnel, civique, provincial, national, ultra-national, universel ; les uns isolés, les autres dans une mutuelle dépendance* », *Ibid*, p. 95.

législation publique »²⁰³. Il est vrai que depuis Bentham, la déontologie, comme le droit, a connu ses périodes. La nôtre remonte à la fin des années quatre-vingt où le contexte affairiste²⁰⁴ obligea la société « à reprendre à la base les questions les plus générales et les plus radicales concernant l'homme et sa conduite »²⁰⁵. Ce besoin sociétal d'un supplément d'éthique se retrouva également dans la fonction publique qui, par une assimilation aux "affaires" impliquant principalement des responsables politiques, n'échappa pas à une crise de représentation par ricochet. Plus récemment, le questionnement déontologique est réapparu à travers différents rapports²⁰⁶, s'accordant à relever que la déontologie ne peut plus s'appuyer uniquement sur les textes normés qui existent²⁰⁷.

Selon une définition classique, la déontologie et l'éthique, sont deux notions voisines, mais différentes. Alors que l'éthique serait personnelle et facultative, en ce sens qu'elle renverrait la personne à sa seule conscience supposant une certaine part de réflexion qui peut la conduire à privilégier tel choix plutôt que tel autre ; la déontologie, appliquée à la fonction publique, se limite à de l'obéissance. Non pas que l'on demande à l'agent public d'être dépourvu d'une éthique propre, cela n'aurait pas de sens ; seulement qu'on lui refuse le droit « de s'en remettre à sa seule conscience personnelle

²⁰³ *Ibid*, p. 21.

²⁰⁴ Voir le rapport Bouchery de 1992 qui présente une analyse remarquable des mécanismes économiques, financiers et administratifs qui permettaient de transformer un corruptible en corrompu (La doc. fr.).

²⁰⁵ D. Folscheld, B. Le Mintier et J.-F. Mattei, *Philosophie, Éthique et droit de la médecine*, PUF, coll. Thémis Philosophie, 1997 : « *La médecine confrontée à l'appareil technoscientifique moderne nous oblige à reprendre à la base les questions les plus générales et les plus radicales concernant l'homme et sa conduite* ».

Nous utilisons cette citation à bon escient car le questionnement déontologique ne se réduisait pas aux "affaires" ; il se conjugait avec une médecine confrontée à l'évolution de sa technique. Dès 1988, le C.E., en intitulant son rapport : *Sciences de la vie. De l'éthique au droit* (C.E., rapport public n° 4855, 1988), percevait déjà la place que l'éthique allait prendre dans notre droit par le biais des problèmes posés par les nouvelles techniques médicales (questions éthiques relatives à l'utilisation d'embryons, expérimentation de médicaments sur l'homme...).

²⁰⁶ Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique : *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, 26 janv. 2011 ; Rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique : *Pour un renouveau démocratique*, nov. 2012 ; Rapport public du C.E., *Le droit souple* (Étude annuelle, n° 64), 2013.

²⁰⁷ « *La probité et l'impartialité peuvent certes s'appuyer sur des dispositifs normatifs, être renforcées par des prescriptions spécifiques, mais elles relèvent aussi de la conscience individuelle et collective, ce qui suppose la plus large diffusion d'une véritable culture de la déontologie. La diversité des situations appelle ainsi l'affirmation de principes cardinaux et de cadres de référence, qui permettent la prévention et la résolution des situations de conflit et, plus largement, la régulation de cette politique* » (Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique : *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, 26 janv. 2011, préc., p. 12).

(...) *qui serait par trop générateur d'incertitude quant à la maîtrise des problèmes posés* »²⁰⁸. En ce sens, la déontologie concerne un droit professionnel qui va imposer à ses membres une « *pratique, appuyée sur la hiérarchie et la procédure disciplinaire* »²⁰⁹. De toute évidence, si nous souscrivons à cette définition de Christian Vigouroux, nous rejoignons aussi Didier Jean-Pierre lorsqu'il soutient dans sa thèse sur *L'éthique du fonctionnaire civil*²¹⁰ « (qu')*au sens relatif, l'éthique du fonctionnaire doit être entendue comme une éthique appliquée. Comme une morale professionnelle qui noue des relations avec le droit, et dont l'application se parfait grâce au contrôle juridictionnel* »²¹¹.

Sans prendre à ce stade exemple des domaines concernés qui seront discutés par la suite²¹², nous nous attacherons à ce fait incontestable qu'est l'identification d'une déontologie administrative (**section 1**), avant d'étudier sa réception hiérarchique et juridique (**section 2**).

²⁰⁸ O. Schrameck, *Du statut à la déontologie*, Pouvoirs locaux, 1995, n° 27, p. 57.

²⁰⁹ C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2006, p. 12.

²¹⁰ D. Jean-Pierre, *L'éthique du fonctionnaire civil*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public-Tome 202 », 1999.

²¹¹ *Ibid.*, pp. 5-6.

²¹² Dans ce chapitre la contrainte morale se fera principalement sous un aspect plus conceptuel que fonctionnel, puisque c'est le fondement moral que nous visons. Afin d'éviter toute répétition, les principes qui ont pris forme avec la contrainte morale, c'est-à-dire les incompatibilités fonctionnelles, que nous pouvons qualifier "d'incompatibilité de fait" ou "d'incompatibilité de situation", seront discutées dans le Titre second de cette première partie, qui concerne le domaine des incompatibilités (Titre II- Le domaine des incompatibilités).

SECTION 1

LA DÉONTOLOGIE ADMINISTRATIVE, UNE NOTION IDENTIFIÉE

La participation d'une déontologie ou d'une « *éthique appliquée* »²¹³ au bon fonctionnement de l'administration ne peut être niée (§1). La contrainte déontologique qui s'exerce sur l'agent public n'est pas expresse mais déduite de la mission spécifique d'intérêt général qui impose que soient retenues des contraintes particulières en raison des difficultés à cerner les qualités exigibles du candidat ou de l'agent public en fonction (§2).

§1.- Le dépassement de la critique d'un risque d'un affadissement du droit par l'introduction d'un droit souple

Nombre de juristes, au regard des possibles dégradations du droit, critiquent le droit souple²¹⁴ : un « *droit, liquéfié, (qui) s'infiltré partout* »²¹⁵. Ils jugent son statut incertain au motif que son élaboration emprunte une voie différente (A) et sa viabilité insatisfaisante, en raison d'une absence d'unicité et d'une trop grande hétérogénéité²¹⁶ (B).

A. La critique sur son statut incertain

La première critique sur le droit souple ne se situe pas exactement au niveau du support lui-même, mais de sa place dans la hiérarchie des normes. Pour les tenants du droit positif²¹⁷, le droit souple ne serait pas un élément structurel du droit comme peut l'être la loi. Pour eux, l'absence de contrainte juridique situerait la règle éthique dans le

²¹³ Cf. la définition sur l'éthique du fonctionnaire de D. Jean-Pierre précitée.

²¹⁴ Précision terminologique : nous n'utiliserons pas les termes de « droit mou » ou de « soft law », et reprendrons la terminologie de « *droit souple* » utilisée (et revendiquée) par le C.E. dans son rapport public de 2013 (*Le droit souple*, Étude annuelle, n° 64, préc.).

²¹⁵ G. Carcassonne, *Société de droit contre État de droit*, Mélanges en l'honneur de G. Braibant, « *L'État de Droit à l'épreuve de la corruption* », éd. Dal. 1996, p. 40.

²¹⁶ Avec le droit souple, « *le droit perdrait en clarté et fermeté* » selon G. Koubi (*La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ?*, in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (dir.), LGDJ, 1998, p. 179).

²¹⁷ Dont H. Kelsen est le représentant le plus éminent (v. *Théorie pure du droit*, coll. La pensée du droit, LGDJ, 1999, 367 p.).

champ de la morale, extrinsèque au droit²¹⁸. Ce raisonnement à sa pertinence et sa cohérence, surtout si on l'applique au domaine des lois mémorielles²¹⁹, à la portée plus symbolique que normative, que Pierre Mazeaud n'hésitait pas à critiquer dans un réquisitoire emprunt « *d'une colère sacrée* »²²⁰ : des dispositions « *bavardes* » qu'il qualifiait de « *neutrons législatifs* »²²¹ qu'il fallait éviter et même censurer²²². Toutefois, pour autant qu'on partage cette conception du droit en ce qui concerne le cadre pénal, où le principe de légalité garantit une égalité de traitement, on peut considérer que dans le domaine qui nous retient- *la contrainte morale administrative contemporaine* -elle ne peut pas s'appliquer avec la même rigueur. En cela, la lecture de Raymond Carré de Malberg nous apporte un concours précieux lorsqu'il dit qu'il « *existe deux sortes d'ordre juridique : l'un pour l'ensemble des personnes soumises à la puissance étatique de la communauté nationale ; l'autre pour les individus qui, à raison de leurs relations particulières avec les services publics, tombent sous la prise des règles édictées au sein de ces services et destinées à régir ce qui s'y passe intérieurement* »²²³. Les normes éthiques, en ce sens, sont « *des instruments de conduite, en tant qu'elles sont, dans le principe même, chargées de donner la mesure des possibilités d'agir- de se conduire- de ceux à qui elles sont destinées : il s'agit d'indicateurs des marges de manœuvres ou degré de possibilité de leurs agissements* »²²⁴.

En matière d'incompatibilité fonctionnelle, il faut nécessairement admettre l'existence d'une autre source ; reconnaître l'existence d'une passerelle entre le droit dur

²¹⁸ Ainsi, un acte moralement condamnable devra échapper à toute sanction s'il n'a pas été préalablement défini, s'il n'entre pas dans le champ de ce qui est juridiquement interdit par la loi. L'exemple classique est celui du délit de grivèlerie qui consiste à consommer dans un restaurant sans payer. Jusqu'à ce qu'il soit reconnu par le code pénal il ne pouvait donner lieu à condamnation en raison de l'interprétation stricte de la loi pénale.

²¹⁹ Ex : loi du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 ou celle du 21 mai de la même année, reconnaissant l'esclavage en tant que crime contre l'humanité.

²²⁰ Discours du Président du Cons. constit., P. Mazeaud, au Président de la République, prononcé au Palais de l'Élysée le 3 janv. 2005 (v. Cah. du Cons. constit., n°18, juillet 2005).

²²¹ Formule empruntée par P. Mazeaud (*qui le cite*) à J. Foyer, *Loi d'orientation de la recherche et du développement technologique*, AN, 21 juin 1982, p. 3667.

²²² Dans le même sens on retiendra aussi le rapport de 1991 du C.E. (*De la sécurité juridique*, EDCE n° 43) que P. Mazeaud cite dans son discours et celui qui le suivra, en 2006 (*Sécurité juridique et complexité du droit*, rapport public, EDCE n° 57).

²²³ R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, 1933, p. 126, cité par N. Belloubet-Frier, *Contrôle disciplinaire par le Conseil d'État de la légalité des sanctions dans les armées*, rec. Dal., 1995, p. 381.

²²⁴ P. Amserek, *Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, Presse universitaire d'Aix-Marseille (PUAM), 2008-4, p. 1848.

et le droit souple dans la mesure où ils ont, tous deux, une identité de fonction, un objectif commun : une compatibilité des comportements avec les fonctions. Les statuts, pour autant qu'ils dégagent des règles, toujours en lien avec l'intérêt général et celui du service, ont été concurrencés par d'autres obligations déontologiques à portée plus large. Cette nécessité d'une pratique déontologique plus exigeante et rigoureuse s'est faite à travers d'autres instruments qui ont emprunté différentes formes visibles : règlements, circulaires, chartes ou codes. Ces nouveaux outils déontologiques ne doivent pas être rejetés car ils vont offrir l'avantage de fixer un cadre qui, sans être trop général, ou en sens inverse trop mécaniste comme le simple commandement de ne pas avoir d'intérêts dans une entreprise privée, par exemple, permettront une normalisation des comportements des agents publics dans l'exercice de leurs missions²²⁵.

B. La critique sur sa viabilité insatisfaisante

La critique sur la viabilité repose sur une formulation déontologique jugée inadaptée au regard des situations qui ne peuvent toutes être formulées en des termes choisis²²⁶. Il serait, pour une partie de la doctrine, « illusoire »²²⁷ de « prétendre à l'exhaustivité »²²⁸ d'un code de déontologie qui serait capable de tout prévoir, de tout réglementer de façon immuable²²⁹.

²²⁵ Ces nouveaux outils déontologiques sont chargés « de donner la mesure des possibilités d'agir, de se conduire (...). Il s'agit d'indicateurs des marges de manœuvres ou degrés de possibilité de leurs agissements » (P. Amsselek, *Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008-4, p. 1848).

²²⁶ V. le rapport Picq : « *Aucun code ne permettra à un fonctionnaire de régler la multitude de situations auxquelles il peut être confronté au cours de sa vie professionnelle* » (Rapport Picq de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, 1994, p. 127).

Pour une critique ironique des codes de bonne conduite, voir C. Jubault : « *Si la bonne conduite se mesure au nombre des codes la concernant, nous vivons dans une société exemplaire. Vous avez un téléphone portable ? Il y a une charte de bonne conduite des opérateurs. (...) Vous avez de la lessive, mais sa composition vous inquiète à cause de l'huile de palme et des conséquences associées pour les éléphants de Sumatra : soyez rassuré, l'industriel Henkel, a adopté un code de bonne conduite, qui évitera d'aggraver les dégâts subis par l'environnement à cause de la production de lessive* » (*Les « codes de conduite privés »* pp. 27-37, in *Le droit souple : Journées nationales*, Boulogne sur-Mer (Association Henri Capitant), Tome 13, Dal., 2009, p. 27).

²²⁷ « *Il apparaît (...) illusoire d'entendre régir a priori toutes les situations de prévention de conflits d'intérêts par le droit* » (Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, janv. 2011, p. 11).

²²⁸ « *Aucun code de déontologie ne peut prétendre à l'exhaustivité* » (G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, Dal., 2003, p. 9).

²²⁹ V. le rapport Picq : « *Aucun code ne permettra à un fonctionnaire de régler la multitude de situations auxquelles il peut être confronté au cours de sa vie professionnelle* » (Rapport de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, 1994, p. 127).

Bien que cette critique soit recevable en ce qu'elle souligne les limites d'une déontologie qui ne serait que codifiée, elle ne peut, par extension, venir remettre en cause son nécessaire concours²³⁰. Vouloir circonscrire la déontologie à une liste des devoirs serait simplificateur, tant il est vrai que la déontologie « *ne se réduit pas aux principes qu'elle énumère* »²³¹, ni ne se résume à de l'obéissance²³², mais participe d'un questionnement collectif où l'on interroge l'éthique, le servir ensemble, grâce auquel s'impose à tous « *des principes cardinaux et des cadres de référence, qui permettent la prévention et la résolution des situations de conflit* »²³³. En appui de notre raisonnement, on retiendra la nouvelle loi organique du 5 mars 2007 relative aux magistrats²³⁴, qui reprend la proposition de la commission Cabanes²³⁵ de 2003 appelant de ses vœux à la création d'un recueil « *pragmatique* » des principes déontologiques énoncés dans le serment²³⁶ comprenant, outre les textes législatifs et réglementaires, une présentation analytique et commentée des décisions rendues par le Conseil supérieur de la magistrature et le Conseil d'État en matière disciplinaire²³⁷. Ce qui est novateur, en l'espèce, c'est que le législateur ne s'est pas contenté de commenter les principes énoncés dans le serment du magistrat par le biais d'un code de bonne conduite, comme c'est souvent le cas, mais qu'il a voulu un recueil à publication annuelle ce qui offre, selon nous, le meilleur outil de prévention des fautes puisqu'il fixe des standards de comportement par l'observation des déviances constatées ayant abouti à une sanction récente.

²³⁰ Précision : les auteurs précités ne réfutent pas la nécessité des codes de bonnes conduites (ou tout autre outil déontologique similaire), mais considèrent, comme nous, qu'ils doivent s'inscrire dans une approche plus vaste de la "culture déontologique". C'est dans ce sens que nous les avons cités.

²³¹ G. Canivet et J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, préc., p. 9.

²³² L'éthique selon D. Girard l'éthique participe aussi d'une démarche : « *Lorsque l'éthique se résume à des règles, la réponse des employés (des agents publics) se résume à de l'obéissance ou de la désobéissance* », D. Girard, *Ethique et services publics : où en sommes nous ?*, revue *Éthique publique*, vol. 4, n°1, 2002, p. 159.

²³³ Rapport de l'OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans les services publics*, 2005, pp. 11-12, cité dans le Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, janv. 2011, préc..

²³⁴ Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

²³⁵ Voir rapport de la Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, nov. 2003, La Doc. fr.

²³⁶ Impartialité, devoir de réserve, loyauté, intégrité, dignité, devoir de diligence, secret professionnel.

²³⁷ Voir rapport de la Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, nov. 2003, préc., p. 26.

§2.- L'aptitude morale, condition contingente

Frédéric Colin dans sa thèse sur *L'aptitude dans le droit de la fonction publique*, considère que « *l'aptitude morale* » a partie liée avec l'emploi public²³⁸. Nous le pensons aussi. La recherche d'une "aptitude morale", au même titre qu'une aptitude physique ou intellectuelle, a toujours compté au nombre de celle nécessaire à l'entrée et au maintien dans l'emploi public. Sinon, comment croire qu'un serment aux devoirs de loyauté, d'impartialité ou d'intégrité, pour ne retenir qu'eux, va se matérialiser dans l'exercice d'une fonction ? Servir le bien public revêt nécessairement une composante morale. On ne choisit pas un fonctionnaire pour son ouverture d'esprit, mais pour sa capacité "républicaine" à servir. Pour Jean-Pierre Soisson « *l'exercice d'une fonction publique, civile ou militaire, est une responsabilité qui s'exerce comme le principe de la République "par le peuple et pour le peuple" »* ; d'autant que, pour cet ancien Ministre de la Fonction Publique, « *le poids de l'administration dans notre société est tel que la manière dont elle respecte sa propre déontologie influence le respect du droit dans la société tout entière* »²³⁹.

La compatibilité fonctionnelle d'un agent public se justifierait en raison de la difficulté à cerner les qualités exigibles de celui qui veut entrer dans la Fonction Publique **(A)**, mais aussi dans un but de normalisation des comportements et des attitudes de l'agent public, une fois en fonction **(B)**.

A. Les difficultés à cerner les qualités exigibles de l'impétrant

La condition d'une "bonne moralité" pour un accès à un emploi public est un critère ancien, que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 retenait à son article 6 : « *Tous les citoyens ont droit de concourir (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur **capacité** et sans autre*

²³⁸ F. Colin, *L'aptitude dans le droit de la fonction publique*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 211 », 2000, p.48.

²³⁹ J.-P. Soisson, *La déontologie du fonctionnaire*, Actes du colloque du 7 novembre 1996 à l'ÉNA, CFPA, n° spécial supplément au n° 153, éd. Berger-Levrault, Paris, 1997, p. 20.

distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Outre, la « capacité », qui vise les capacités d'aptitudes professionnelles²⁴⁰, tout exercice d'une fonction publique requérait déjà des « garanties morales » (des « vertus »). On examinait « leur vie, mœurs et comportement domestique, vraies marques et indices de leur honneur et vie future »²⁴¹.

Le principe d'une exigence morale fut repris par les statuts de 1946 et 1959²⁴², respectivement aux articles 23 et 16, qui conditionnaient *l'état de fonctionnaire* à la condition « d'être de bonne moralité ». Aujourd'hui, à la faveur de la réforme du statut de 1983, la référence à « une bonne moralité » ne reste mentionnée que dans l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature²⁴³. Pour les autres fonctionnaires, ceux du statut général, elle demeure malgré tout, sous une autre formulation, à travers la condition de jouir de ses droits civiques et d'avoir un casier judiciaire dans lequel ne figure pas de mentions portées à son bulletin n° 2 qui la rend incompatible avec l'exercice des fonctions (article 5, 2° et 3° du statut général du 13 juillet 1983²⁴⁴).

Après avoir étudié ces critères d'appréciation statutaire **(1)**, nous verrons que parfois l'autorité décisionnaire dans sa recherche d'un comportement antérieur compatible, d'une aptitude morale qui puisse la prémunir de toute déviance difficilement décelable et malaisée à corriger une fois que l'agent public est entré en fonction, n'hésite pas à enquêter sur les candidats, sans se limiter à une simple appréciation de son voisinage **(2)**.

²⁴⁰ Bien qu'à l'époque on s'attachait moins aux capacités intellectuelles des candidats, ou à leurs diplômes, qu'à leurs capacités à comprendre l'ordre des choses qui gouvernait la France. En ce sens, une "bonne recommandation" valait titre (voir supra p. 28 note de bas de page n° 80 sur les écrits de G. Demartial).

²⁴¹ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, édit. Plon, 1957, p. 238.

²⁴² Nous ne reviendrons pas sur la "composante morale" du statut de 1941 que nous avons explicité dans le premier chapitre (voir supra pp. 31-32). De plus, nous préférons croire que la condition "d'aptitude morale" des "statuts républicains" de 1946-59, n'était pas une simple reprise de l'art. 25-5° du statut de 1941 qui exigeait que le candidat présente « des garanties de moralité », mais s'est faite par référence à la DDHC, avec l'apport de la notion de service public.

²⁴³ Art. 16.

Obligation qui se poursuit une fois en fonction : « tout manquement au devoir de son état, à l'honneur, à la délicatesse, à la dignité, constitue une faute disciplinaire » (art. 43, de l'ord. de 1958 préc.).

²⁴⁴ Art. 5, L. n° 83-634, 13 juil. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires précise que « nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire [...] S'il ne jouit de ses droits civiques (2°) ; Le cas échéant, si les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions (3°) ».

1. Les critères d'appréciation statutaire

La perte de jouissance des droits civiques, telle qu'énumérée par l'article 131-26 du code pénal porte interdiction sur « *le droit de vote, l'éligibilité, le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice, le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations, le droit d'être tuteur ou curateur* ». Ces interdictions prononcées en application de cet article emportent en vertu de l'article 5-2° du statut général du 13 juillet 1983 interdiction d'exercer une fonction publique. Le fait que la loi pénale autorise le juge à prononcer une interdiction de tout ou partie de ces droits n'est pas opposable par l'intéressé car l'administration ne fait que tirer la conséquence de cette condition statutaire, sans plus d'examen. Aucun droit d'appréciation sur cette peine complémentaire n'a été accordé par le statut. Cette interdiction interviendra au moment du recrutement de l'agent et se poursuivra lors de sa formation pour les fonctionnaires stagiaires par une impossibilité d'être titularisé en cas de condamnation intervenue entre temps, devenue définitive. De même, une déchéance des droits civiques après la titularisation entraînera une radiation des cadres et la perte de la qualité de fonctionnaire, sans qu'il soit besoin pour l'administration d'apporter la preuve d'une quelconque faute disciplinaire puisque l'on bascule dans le régime des incapacités à continuer à exercer prévu à l'article 24 du statut de 1983²⁴⁵. Reste pour celui qui a été touché par cette peine, et qui désire malgré tout devenir (ou redevenir) fonctionnaire²⁴⁶, d'attendre que le temps fasse son œuvre puisque le législateur considère, depuis l'abolition de la "mort civile" de 1854²⁴⁷ et son remplacement par une interdiction légale²⁴⁸, que les incapacités juridiques visées par la loi ne peuvent excéder

²⁴⁵ « *La cessation définitive de fonctions qui entraîne radiation des cadres et perte de la qualité de fonctionnaire résulte de [...] la déchéance des droits civiques* » (art. 24-4° du Titre I).

²⁴⁶ Ou contractuel puisque les conditions de moralité qui s'attachent au fonctionnaire se retrouvent pour les non titulaires. En ce sens voir le premier chapitre où on a démontré que la situation de l'ensemble des personnels de la personne publique est marquée par une uniformité.

²⁴⁷ La "mort civile" correspondait à une cessation, légalement prononcée, à toute participation aux droits civils, à vie. La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854 et remplacée par l'interdiction légale.

²⁴⁸ Depuis 1854 les condamnations ne peuvent porter atteinte qu'à la capacité juridique d'un individu sur ses droits civils. Sa qualité de sujet de droit est maintenue.

une durée de dix ans en cas de condamnation pour un crime et une durée de cinq ans en cas de condamnation pour un délit²⁴⁹.

Toutefois, le temps n'efface pas tout et il risque de se heurter à l'obstacle du casier judiciaire où figure la peine principale à laquelle la peine complémentaire était associée. D'autant, que l'article 5-3° du statut général du 13 juillet 1983 impose à l'autorité décisionnaire, comme seconde condition, sa consultation afin d'examiner si les mentions qui pourraient y être portées à son bulletin n°2 soient bien compatibles avec l'exercice des fonctions²⁵⁰. Condition qui présente plus de difficulté que la première pour l'administration puisque la simple mention n'est pas suffisante. Même si elle rentre dans le champ de la méthode souple du faisceau d'indices permettant le rejet d'un candidat ne présentant pas les aptitudes exigées²⁵¹, elle nécessite un examen pragmatique. Elle doit être objectivée, car « *bien qu'extensive, (cette condition) ne saurait avoir un contenu infini* »²⁵². Il faut qu'elles rendent incompatible l'admission du postulant, sous peine que le juge dans son travail de vérification annule cet obstacle à concourir, qui est un droit, pour décision basée sur des faits erronés ou mal appréciés. Aussi, pour éviter d'être *déjugée*, l'autorité décisionnaire doit avoir une approche *in concreto* et se poser les bonnes questions : les faits sont-ils suffisamment graves ? Peuvent-ils être pardonnables compte du temps écoulé, ou en raison du jeune âge de son auteur au moment où ils ont été commis ? Rendent-ils la candidature incompatible avec la fonction publique envisagée ?

Enfin, il est à noter que l'autorité investie du pouvoir de décision n'a jamais entendu se limiter à l'absence de mention portée au bulletin n°2 du casier judiciaire pour considérer que les garanties morales requises étaient réunies. Elle s'est autorisée, au-delà du critère d'appréciation statutaire, à prendre en compte des faits dont elle aurait connaissance, comme par exemple, ceux à l'origine d'une condamnation pénale que le

²⁴⁹ Art. 131-26, al. 7.

²⁵⁰ Notons, que le bulletin n°2 s'il est plus complet que le n° 3 (exigible par les recruteurs du secteur privé), l'est moins que le n° 1 (qui ne peut être demandé que par l'autorité judiciaire) puisque toute infraction y est inscrite à vie (pas de possibilité de demande de dispense de mention au B1, ni d'effacement avec le temps).

²⁵¹ C.E., *Mme Laplace-Claverie*, 21 fév. 1996, req. n° 1000037.

²⁵² F. Colin, *L'aptitude dans le droit de la fonction publique*, Thèse LGDJ, préc. p. 48.

juge n'aurait pas inscrit au bulletin n° 2 du casier judiciaire de l'intéressé²⁵³ ou qui auraient été effacés à l'occasion d'une amnistie²⁵⁴. Ce droit reconnu par le juge à l'autorité administrative décisionnaire d'accorder ou de refuser l'agrément à concourir se fonde sur l'intérêt du service et sur un impératif de fonctionnement qui repose nécessairement sur des exigences d'honnêteté, de probité et même d'honneur, qui peuvent seules assurer une loyauté, une neutralité et une impartialité.

2. L'enquête de moralité

Certaines carrières, on le sait, sont soumises à une obligation de réserve que l'on peut qualifier de "renforcée". Par exemple, les magistrats, bien que représentés syndicalement, n'ont, par l'intermédiaire de leurs représentants, qu'un droit de parole conditionné, compris dans le cadre restreint des intérêts professionnels ou moraux du métier. Ce respect d'une **réserve** se retrouve également, avant l'entrée dans l'administration, pour certains emplois. Pour être susceptible d'être accepté dans l'emploi public, il ne faut pas qu'une enquête de moralité puisse révéler que l'impétrant a exposé des convictions qui pourraient être retenues contre lui, car contraire au service public qu'il entend servir. Déjà, on lui demande une capacité à offrir sa force de travail « *sans ressentiment et sans parti pris* » pour reprendre une formule "wébérienne"²⁵⁵.

Cela vaut pour les convictions politiques d'un candidat à l'emploi public, puisque ce qui lui est demandé ce n'est pas une adhésion à la politique menée nationalement ou territorialement, pour la fonction de l'État ou pour la fonction publique territoriale²⁵⁶, mais une **loyauté** envers ceux qui ont reçu mandat du peuple et envers celui qui s'interpose entre ces derniers et lui, le chef hiérarchique.

²⁵³ C.E., 25 oct. 2004, n° 256944. En l'espèce, refus de demande d'agrément d'une candidature à un concours de la Ville de Paris pour une personne ayant commis des faits de vol à l'étalage, non contesté par lui, alors qu'ils n'avaient pas été inscrits au bulletin n° 2 du casier judiciaire de l'intéressée. Il a été jugé « *qu'un tel comportement était incompatible avec l'exercice des fonctions des agents de surveillance de Paris, chargés notamment d'assurer le contrôle du stationnement payant sur la voie publique* ».

²⁵⁴ C.E., 6 avril 1973, *Jacques*, n° 86690.

²⁵⁵ M. Weber, *Le savant et le politique*, 1919, édit. La découverte, p. 44.

²⁵⁶ Les principes qui vont être évoqués se retrouvent dans la fonction publique hospitalière, qui forme avec celle de l'État et des territoires le statut général, ou dans les autres fonctions publiques régies par un statut particulier (militaires, magistrats...).

Pour la fonction publique de l'État, on attend de l'agent public une loyauté que l'on peut identifier comme une attitude de fidélité envers la Nation et ses valeurs, ce qui implique un respect du gouvernement dans sa forme républicaine qui est l'expression de la Nation à un moment donné. Le conformisme étroit qui soumettait l'accès à l'emploi public à une allégeance, ou au mieux à un silence non désapprobateur, tel que décrit précédemment sous le régime de Vichy, n'existe plus²⁵⁷.

Pour la fonction publique territoriale, on apportera cette précision, que le respect de l'obligation de loyalisme envers les représentants politiques est plus marqué en raison de sa politisation et de la proximité des agents publics avec les élus, comme le prouve un arrêt récent où le juge a confirmé une sanction disciplinaire contre un employé municipal ayant tenu des propos irrévérencieux envers un maire-adjoint, en qualifiant ce dernier de supérieur hiérarchique²⁵⁸. Reste à savoir si cette assimilation élu/supérieur hiérarchique se fait dans la sélection dans l'emploi public, pour ceux qui sont recrutés hors concours ? On peut raisonnablement s'interroger, sans toutefois y apporter de réponse.

S'ajoutent aux convictions politiques, celles plus souterraines encore : les convictions religieuses ou philosophiques, ou considérées comme telles par le candidat, qu'il pourrait porter en lui. Si cela n'est pas condamnable en soi, il est certain qu'un prosélytisme prononcé pourrait s'avérer incompatible avec le principe de **neutralité** ou d'**impartialité**.

Enfin, d'autres comportements pourraient être également retenus à son encontre car il est certain qu'une conduite de vie inappropriée en rapport avec les mœurs ou en relation avec la toxicomanie, par exemple, ne s'inscriraient pas à son crédit ou, pour le moins, ne permettrait pas d'envisager qu'il puisse avoir, une fois en poste, un comportement **intègre** ou **digne**, en toute circonstance.

²⁵⁷ Voir supra pp. 31-32.

²⁵⁸ CAA de Marseille, 20 avril 2010, n° 08MA02645.

Cette recherche administrative sur les qualités morales requises, on le devine, présente des limites que Robert Catherine, dans son livre *Le fonctionnaire français*²⁵⁹, mettaient en évidence. Dans cet ouvrage, considéré comme un classique de la littérature administrative, il ne manquait pas de souligner les limites d'une réglementation trop générale qui suspend l'entrée dans la fonction publique à « *l'existence d'une bonne moralité attestée par un casier judiciaire vierge et par une simple enquête de police* », qui ne peuvent prévenir des déviances trop graves, incompatibles avec la qualité de fonctionnaire. Il poursuivait sa réflexion en faisant remarquer que l'on peut toujours s'assurer de la qualité d'un candidat en lui faisant passer des tests pour mesurer son intelligence ou tout autre compétence requise par un corps de fonctionnaires, mais qu'on n'établira « *pas un barème de qualité d'âme ou d'esprit* » dans la mesure où il reste « *insondable* »²⁶⁰.

Cet aspect des choses n'a sans doute pas échappé aux autorités de recrutement lorsqu'elles ont, afin de gagner en efficacité, autorisé la consultation de données personnelles informatisées pour les emplois participants à l'exercice des missions souveraines de l'État (armée, justice, police, douane²⁶¹).

Bien qu'on ne puisse qu'approuver l'utilisation de ces nouveaux outils de recherches d'un profil compatible, en considération des enjeux républicains, il nous faut aussi nous interroger (*c'est notre rôle*) sur les questions éthiques qu'ils soulèvent. Il nous faut bien reconnaître, en stricte analyse, que la question de la permission par la loi de la consultation de fichiers dits de police judiciaire continuent de se poser au regard des libertés individuelles. D'autant que le législateur n'a pas repris la recommandation du groupe de travail dirigé par Alain Bauer²⁶² qui proposait, pour le fichier "STIC" (*système de traitement des infractions constatées*), une mise à jour systématique et une possibilité de recours contre la décision du Procureur de la République en cas de refus

²⁵⁹ R. Catherine, *Le fonctionnaire français. Droits, devoirs, comportement. Introduction à une déontologie de la fonction publique*, Paris, Albin Michel, 1961.

²⁶⁰ *Ibid*, p. 224.

²⁶¹ Voir D. n° 2002-424 du 28 mars 2002 pris pour l'application de l'article 17-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 et fixant la liste des enquêtes administratives pouvant donner lieu à la consultation de traitements autorisés de données personnelles.

²⁶² Rapport Bauer au Ministre de l'intérieur, *Mieux contrôler les fichiers de police pour protéger les libertés*, 2008, La doc. fr. 2009.

de sa part d'effacer une mention inexacte au regard d'une décision judiciaire intervenue entre temps, devenue définitive²⁶³. En effet, la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, lui permet de continuer de refuser toute demande d'effacement au STIC si la décision de non-lieu résulte d'une insuffisance de charges, sans possibilité de recours²⁶⁴.

Enfin, pour en revenir aux propos de Robert Catherine sur les limites d'une recherche d'une aptitude morale compatible, qui se ferait uniquement à travers des éléments bibliographiques accessibles (*casier judiciaire ou fichiers polices*) et qui ne permettrait pas de dessiner tous les contours d'une personnalité, on notera que l'administration fait de plus en plus appel à des professionnels psychologues ou psychiatres. Ainsi, depuis un décret de 2008²⁶⁵ a été mis en place des tests psychologiques pour ceux qui passent le concours d'entrée à l'École Nationale de la Magistrature afin de permettre l'identification, par ces professionnels, des candidats qui pourraient faire illusion lors d'un grand oral, mais qui seraient porteurs de troubles psychologiques significatifs, rendant difficilement compatible leur personnalité avec la fonction de juger. Sur cette prise en compte de cet aspect psychologique, où l'aptitude morale n'est pas absente, on notera que le Conseil d'État l'a validée en la jugeant conforme à la légalité en ce que la mise en place de tests psychologiques n'institue pas « *une nouvelle condition légale pour se présenter au concours [...] ni même une nouvelle épreuve [...] mais permet seulement au jury de l'aider à apprécier certaines compétences des candidats ayant trait à leur "personnalité"* »²⁶⁶.

²⁶³ En ce sens voir p. 141, *Ibid.*

²⁶⁴ Art. 230-8 du CPPP, modifié par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012-art. 3 (V).

Selon Gaëlane Pelen, substitut du procureur de la République de Créteil, cette disposition résulterait d'une nécessité de service : « *une unité de police judiciaire désirant se rendre au domicile d'une personne mise en cause, afin de l'interpeller, doit être en mesure d'évaluer la dangerosité de l'opération envisagée* » (Réponse magistrat, juin 2012).

²⁶⁵ D. n° 2008-1551 du 31 décembre 2008 relatif à l'École nationale de la Magistrature.

²⁶⁶ C.E., 16 juin 2010, n° 325669, AJDA 2010, p. 1232.

B. La recherche d'une normalisation des comportements et des attitudes de l'agent public en fonction

On ne peut pas préjuger pour l'avenir d'un comportement "compatible" d'un agent public avec son service, savoir s'il continuera dans le sens voulu, celui qui lui a été signifié lors de son entrée dans l'emploi public, ou s'il évoluera dans un sens contraire. Aussi, au-delà de l'aspect préventif, qui se résume à une simple enquête de moralité et à une absence de mention portée au bulletin n°2 du casier judiciaire (*ou une mention acceptable*), Robert Catherine²⁶⁷ jugeait nécessaire la soumission de tout agent public à des obligations négatives qui feraient peser sur lui une « *présomption de moralité* » que le droit disciplinaire permettrait de faire tomber. Cette présomption sanctionnerait tout comportement fautif même s'il se situe en dehors du statut, s'il porte atteinte à l'honneur d'un corps ou à la bonne réputation d'une institution.

Dans le même sens, Lucien Sfez soulignait dans son analyse de la pensée du doyen de Toulouse, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*²⁶⁸, que de la même manière qu'il existe une « *obligation préétablie* » d'obéir au droit légal, parce que la loi est conçue de telle sorte que tous les sujets sont censés y avoir consenti, il en va de même pour le droit disciplinaire. Il y aurait une « *obligation préétablie* » de ne pas porter atteinte à l'honneur d'un corps ou à la bonne réputation d'une institution. Cette « *présomption de moralité* », pour Robert Catherine, ou cette « *obligation préétablie* », pour Lucien Sfez, permettraient à l'autorité hiérarchique de sanctionner un comportement non révélé lors de l'engagement ou devenu incompatible avec les fonctions.

Pour ces auteurs, il est toujours temps d'agir. Dans ce sens, et pour en revenir à la condition d'une mention portée au bulletin n°2 qui soit "acceptable", on ne voit pas en vertu de quoi elle ne se poursuivrait après la titularisation d'un fonctionnaire, ou le recrutement d'un agent contractuel, dans la mesure où aucun texte n'interdit de demander en cours de carrière, ou de contrat, un extrait du casier judiciaire pour évaluer la compatibilité de celui-ci avec les fonctions.

²⁶⁷ *Le fonctionnaire français*, R. Catherine, précité.

²⁶⁸ L. Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public- Tome 71 », 1966.

SECTION 2

SA RÉCEPTION HIÉRARCHIQUE ET JURIDIQUE

De façon générale, la réception c'est accepter ce qui est donné, transmis, admettre à un examen. En matière d'impératif déontologique, « *d'éthique appliquée* »²⁶⁹ à la fonction publique, la réception va s'appuyer sur deux récepteurs : le contrôle hiérarchique (§1) et le contrôle juridictionnel (§2).

§1.- La réception hiérarchique de la déontologie dans l'administration

Sur la différence des obligations déontologiques des fonctionnaires sur celles des professionnels du secteur privé réglementé soumis à un code de déontologie, tels que les avocats, on relèvera une différence essentielle qui tient à une absence d'autorité hiérarchique pour les seconds. Les professionnels du secteur libéral sont jugés exclusivement par leurs pairs, contrairement à ce qui se passe dans l'administration où le droit de la fonction publique s'analyse toujours comme un droit de l'obéissance comme le relève la lecture de l'article 28 du Titre I sur le statut général de la fonction publique qui dispose que « *tout fonctionnaire [...] doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique* ».

Pour maintenir une identité et une cohésion de l'action administrative, le rôle de tout chef de service sera d'identifier tout risque d'incompatibilité déontologique et de trouver les solutions qui s'imposent. Depuis l'arrêt Jamart de 1936²⁷⁰, le Conseil d'État reconnaît aux chefs de service²⁷¹ un pouvoir réglementaire "a minima"²⁷² afin de prendre

²⁶⁹ Cf. la définition sur l'éthique du fonctionnaire de D. Jean-Pierre précitée dans l'introduction de ce chapitre, voir supra p. 53.

²⁷⁰ C.E. (S), 7 fév. 1936, *Jamart*, n° 43321, rec. p. 172.

²⁷¹ Qu'il soit directeur d'un établissement public (C.E., 4 fév. 1976, *Section syndicale C.F.D.T. du centre psychothérapeutique de Thuir*, rec. p. 970), d'un service de l'État (C.E., 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile et Union syndicale de l'aviation civile C.G.T.*, rec. p. 966).

²⁷² Aussi loin que l'on puisse remonter dans la lecture des textes constitutionnels, aucun n'a jamais investi un chef d'administration, fût-il ministre, d'un pouvoir réglementaire. La constitution de 1958 ne reconnaît ce pouvoir qu'au Premier Ministre, sous réserve des prérogatives propres au Président de la République. C'est la raison pour laquelle les ministres ne font que contresigner les décrets ; et, s'ils peuvent disposer d'un pouvoir réglementaire en vertu d'une habilitation à caractère législative ou réglementaire (décret), cela est rare. Aussi la formule "a minima" utilisée ici correspond au mieux au pouvoir qui s'exerce faute d'habilitation expresse afin de régler les problèmes d'organisation d'un service.

les mesures nécessaires à l'organisation de leurs services, à condition qu'elles n'excèdent pas leurs compétences²⁷³ et qu'elles ne portent pas atteinte aux dispositions à caractère statutaire des agents²⁷⁴.

Aussi, afin de maintenir une identité et une cohésion de l'action administrative, le rôle de tout chef de service ne serait-il pas, aussi, d'identifier tout risque d'incompatibilité déontologique et de trouver les solutions qui s'imposent ? Autrement dit, la déontologie est-elle aussi du droit disciplinaire ?

Rendu juge naturel des questions déontologiques, ils vont s'appliquer à éviter toute déviance grâce à leur pouvoir de commandement sur leurs subordonnés, qu'ils pourront allier à un pouvoir de sanction si cela s'avère nécessaire. En ce sens, notre recherche démontrera que la déontologie c'est du droit disciplinaire. Pour ce faire nous allons confronter les auteurs afin de souligner notre propos **(A)**. Ensuite, il nous a semblé pertinent de poursuivre notre réflexion sur les nouveaux outils qui ont été mobilisés pour faire vivre la contrainte morale et qui ne sont pas, pour nous, exempte de critiques **(B)**.

A. Le droit disciplinaire c'est de la déontologie

Francis Delpérée dans sa thèse sur *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*²⁷⁵, considère que « le droit disciplinaire, c'est du droit »²⁷⁶. Pour lui, cela tient au « caractère juridique des règles qui, à l'intérieur de la fonction publique, assurent l'incrimination et la répression des agissements de nature à y créer un trouble »²⁷⁷. Toutefois, il considère que la déontologie ce n'est pas du droit disciplinaire. Il opère une distinction. Pour lui, si la déontologie fournit sa justification au droit disciplinaire, elle ne se confond pas avec lui : « Tandis que la déontologie indique à

²⁷³ Les mesures ne doivent viser que les personnes en lien avec lui (C.E., 6 oct. 1961, *UNAPEL*, Concl. Bernard, RDP 1961, p. 1279).

²⁷⁴ C.E. (S), 29 déc. 1995, *Syndicat national des personnels de préfectures C.G.T. et F.O.*, n° 143017, concl. C. Maugué, CFP A n° 147, juin 1996, pp. 19-26.

²⁷⁵ F. Delpérée, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 85 », 1969.

²⁷⁶ *Ibid*, p. 22.

²⁷⁷ *Ibid*, p. 22.

l'agent public ses devoirs professionnels en conformité avec les exigences du bien moral de la nature humaine, le droit disciplinaire dispose et organise des règles selon les exigences de la fonction publique et donc de l'intérêt général »²⁷⁸. Pour autant, en opérant ainsi une distinction entre un droit qui serait objectif, le droit disciplinaire, et un droit subjectif, la déontologie, son analyse piétine quelque peu quand il s'agit de faire une classification des infractions disciplinaires comme pourrait le faire un code pénal. Il y renonce. Et, on ne peut lui en tenir rigueur parce que cela est impossible. Cela tient au fait que la faute disciplinaire, tout comme la faute que l'on pourrait qualifier de purement déontologique (incompatibilité fonctionnelle, de fait ou de situation), ne se rattachent pas nécessairement à une interdiction prévue par un texte, comme celle figurant dans le statut qui interdit tout cumul entre une activité publique et une activité privée, par exemple. Prenons les notions de loyauté, d'impartialité ou de neutralité, pour ne citer qu'elles, elles ne sont pas définies par le statut général et pourtant on fait appel à elles dans le cadre d'une sanction disciplinaire.

Sur ce point, les approches doctrinales de Léon Duguit et Maurice Hauriou peuvent nous apporter une réflexion intéressante.

Tous deux s'accordaient sur la nécessité d'un droit disciplinaire : alors que Duguit se fondait sur la « *nécessité de punir tout acte qui est de nature à compromettre la vie même du groupement (le service public)* »²⁷⁹, Hauriou justifiait ce droit professionnel par le fait que pourrait se révéler et se développer chez tout fonctionnaire, quelque soit sa fonction²⁸⁰, une tendance à « *l'émancipation et à l'autonomie* » qui le pousserait à vouloir « *conserver les bénéfices qu'il tire de ses fonctions* ». Pour lui, sans droit disciplinaire la fonction de l'agent public « *tendrait à se patrimonialiser pour devenir, dans la mesure du possible, la chose du fonctionnaire, afin de combiner avec les intérêts de celui-ci la fonction sociale de la compétence* »²⁸¹.

²⁷⁸ *Ibid*, p. 23.

²⁷⁹ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, coll. A. Colin, 1913, p. 119.

²⁸⁰ M. Hauriou, *Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre*, extrait du recueil de législation, Tome V, Toulouse ; E. Privat, 1909, S95/6005, 1995, BNF, Paris, MICRO-FICHE 8-F-20326, p. 45 : « *La fonction publique ne va pas sans compétence, c'est-à-dire sans pouvoir correspondant ; tout fonctionnaire a le pouvoir de faire certains actes pour accomplir sa fonction, fût-ce des actes purement techniques [...] Dans les fonctions subalternes, l'élément fonction est plus développé que l'élément pouvoir ; dans les fonctions autonomes, l'élément pouvoir est aussi développé que l'élément fonction* ».

²⁸¹ *Ibid*, pp. 45-46.

Toutefois, bien que leurs approches soient différentes, l'unanimité sur la nécessité d'un droit disciplinaire diverge quand il s'agit d'y associer une composante morale.

Léon Duguit se gardait de tout développement de la répression disciplinaire qui s'appuierait sur une composante morale. Pour lui, le fonctionnaire est « *exclusivement dans une situation de droit objectif, aussi bien au point de vue actif qu'au point de vue passif* »²⁸². Les interdits résulteraient uniquement de la « *loi propre à chaque service* »²⁸³ et seraient sanctionnés par un *droit pénal spécial* : le droit disciplinaire²⁸⁴. A côté du droit national²⁸⁵, il y aurait un « *droit organique* », un « *droit autonome* », qui aurait pour but d'assurer « *le fonctionnement du service public conformément à sa loi organique* »²⁸⁶. Il renforçait son analyse en faisant un parallèle avec le principe de légalité²⁸⁷ en soutenant que « *les "infractions" disciplinaires* » ne peuvent faire l'objet d'une sanction qu'en vertu d'un texte ; et qu'à défaut de « *définition légale* », aucune sanction n'est possible : « *Les peines seront prévues et énumérées limitativement ; l'autorité disciplinaire ne pourra prononcer que les "peines" prévues par le fait constaté* »²⁸⁸.

A l'inverse, pour Hauriou, « *il existe une **moralité administrative** qui impose aux administrateurs des règles de conduite tirées de la discipline intérieure de l'administration ; ces règles peuvent porter plus loin que les règles légales qui sont*

²⁸² L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, 2005, p. 491.

²⁸³ Comme il a été dit précédemment (voir supra, premier chap.), à cette période, il n'y a pas de statut mais un corpus de règles juridiques d'origine législative ou réglementaire, fixant les droits et obligations des fonctionnaires selon leur administration et leur position.

²⁸⁴ L. Duguit, *Les transformations du droit public, op. cit.*, p. 118 : « *Les agents publics se trouvent subordonnés à deux lois pénales tout à fait distinctes : la loi pénale nationale et la loi pénale du service auquel ils appartiennent* ».

²⁸⁵ R. Bonnard, *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Thèse Bordeaux, 1902, pour lui le droit disciplinaire est un droit pénal « *corporatif* ». Duguit lui donne raison, bien que le mot « *corporation* » ait un sens trop large : « *il paraît hors de contestation que le droit disciplinaire n'est pas un droit national, un droit étatique, qu'il est bien en effet le droit pénal des groupements (terme qu'il préfère à celui de corporation) plus ou moins autonomes, distincts de la Nation, de l'État* », L. Duguit, *Les transformations du droit public, op. cit.* p. 118.

²⁸⁶ L. Duguit, *Les transformations du droit public, op. cit.*, p. 118.

²⁸⁷ Principe qui veut que pour chaque infraction, légalement déterminée, la peine soit strictement établie.

²⁸⁸ L. Duguit, *Les transformations du droit public, op. cit.*, p. 120.

imposées du dehors de l'administration par le pouvoir législatif. Tandis que les règles légales ne peuvent guère viser que les limites des attributions légales des administrateurs, les préceptes de moralité administrative peuvent viser et atteindre ce pouvoir discrétionnaire de l'administrateur »²⁸⁹.

Cette notion de bonne "moralité administrative" sera reprise par un disciple du doyen Hauriou, Henri Welter, dans sa thèse sur *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*²⁹⁰ : « à côté du contrôle du système juridique considéré en lui-même [...] il existe un contrôle de ce qu'on peut appeler la conduite morale de l'administration »²⁹¹. Cependant, si Hauriou le rejoint lorsqu'il dit que le contrôle du droit disciplinaire est des plus importants car c'est par ce contrôle qu'ont été mises en valeurs les deux idées fondamentales de puissance publique et de service public, il faut tempérer l'analyse de Welter en ce sens que la notion de "moralité administrative" ne doit pas être entendue dans un sens trop large au risque d'en affaiblir sa compréhension et sa portée. C'est le reproche qui a pu être fait à cette thèse. Son auteur ne pouvait valablement opposer la moralité et la légalité « sans en préciser les étendues respectives

²⁸⁹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^{ème} édit., p. 424 cité par D. Jean-Pierre, *L'éthique du fonctionnaire civil*, préc., p. 45-46.

C'est la raison pour laquelle il s'est réjoui lorsque le Conseil d'Etat se décida à développer le domaine de l'excès de pouvoir en y intégrant l'erreur de fait dans le contrôle de légalité (note Hauriou sur C.E., 4 avril 1914, *Gomel*, rec. p. 88, S. 1917.III.25).

L'idée avait déjà été défendue par Mr. L'Hôpital, commissaire du gouvernement, dans l'arrêt *Port de Bercy* de 1860 : « Si le Conseil d'État n'entrait pas dans l'examen du fait, le droit qui appartient à chacun de lui déférer, pour être corrigé, tous les excès sinon tous les abus de pouvoir, en matière administrative, seraient illusoires, et que le recours ne s'exercerait plus utilement » (C.E., *Port de Bercy*, 19 juil. 1860, rec. Lebon, p. 563, cité par D. Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans les rapports avec le droit civil*, T. I, éd. Durand, 1865, p. 308).

Cet élargissement du domaine de l'excès de pouvoir par une mise en rapport des motifs de faits et des motifs de droit, qui consiste à vérifier si l'administration a correctement qualifié la situation de fait par rapport aux dispositions juridiques contenues dans les normes applicables, a été complété deux ans après par le contrôle de la matérialité des faits, vérifiant le "fait brut", en lui-même (C.E., 14 janv. 1916, *Camino*, concl. Corneille, rec. p.15 ; RDP 1971.463, note Jèze ; CE, 20 janvier 1922, *Trépont*, concl. Rivet, rec. p. 65, RDP 1922.81, note Jèze : « la situation des Préfets »).

L'arrêt *Lebon* du 9 juin 1978 parachèvera cette évolution avec l'erreur manifeste d'appréciation, notamment en matière disciplinaire (C.E. (S), *Lebon*, 9 juin 1978, concl. Genevois, rec. p. 245, note Salon, RDP 1979.227).

²⁹⁰ H. Welter, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Thèse Nancy, 1929.

²⁹¹ *Ibid*, p. 457.

et les différences pouvant exister, par exemple, entre le contrôle de l'opportunité et le contrôle de la moralité administrative »²⁹².

Cependant, toute critique de la thèse de Welter ne pourrait, par extension, remettre en cause l'analyse du doyen Hauriou, en ce sens que la notion de "moralité administrative" ne correspond pas pour lui à de la pure morale. Elle se rattache à la notion de bonne administration et est pensée en termes objectifs. Il serait faux de soutenir qu'il préconise une subjectivation du contentieux car il n'envisage la "moralité administrative" que comme un moyen de faire contrepoids aux pouvoirs des administrateurs. En effet, la notion d'équilibre, tirée de sa théorie de l'institution, est importante pour le doyen Hauriou et la notion de "moralité administrative" n'est valable dans son raisonnement qu'en ce qu'elle permet de viser le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur afin de le contrôler et d'en sanctionner les abus²⁹³. Rien de plus.

C'est sur ce dernier apport doctrinal que nous soutenons que la déontologie c'est du droit disciplinaire. Le droit disciplinaire ne doit pas s'analyser comme un simple instrument de répression car il n'est pas seulement répressif mais aussi organique. Il ne se contente pas de sanctionner un écart de conduite mais il force les agents publics à en adopter une, en exerçant sur eux une contrainte.

Rendu juge naturel des questions déontologiques, le chef hiérarchique va s'appliquer à éviter toute déviance grâce à son pouvoir de commandement sur ses subordonnés qu'il pourra allier à un pouvoir de sanction si cela s'avère nécessaire.

²⁹² V. D. Jean-Pierre, *L'éthique du fonctionnaire civil*, préc., pp. 46-47. Pour une critique dans le même sens voir la thèse de R. Boust, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Thèse L'Harmattan, 2010, p. 73-74.

²⁹³ M. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, R. de l'académie de Législation de Toulouse, 1906, pp. 134 et suiv..

B. Le risque d'une subjectivation du lien professionnel

Depuis l'adoption de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances²⁹⁴, entrée en vigueur en 2006, les critères de performances ont intégré la sphère publique. La loi de finances doit, dans les conditions et sous les réserves de cette loi organique, déterminer pour chaque exercice, outre l'affectation des ressources et des charges de l'État, « *des objectifs et des résultats des programmes qu'elle détermine* »²⁹⁵. Ces nouveaux "objectifs" qui se fondent indéniablement sur « *la productivité* »²⁹⁶ prennent une dimension nouvelle dans la sphère publiciste qui peut être sujette à de nombreuses interprétations, notamment celle en lien avec l'impératif déontologique. En effet, si la formalisation d'une déontologie administrative nous semble nécessaire en ce qu'elle permet une régulation de l'action administrative et « *constitue probablement une très réelle et concrète dissuasion à l'encontre des velléités d'insubordination* »²⁹⁷, elle porte aussi en elle une limite, et même un danger. Notre critique porte sur ce qui pourrait être fait d'une formalisation excessive qui pourrait dépasser son objet qui est d'identifier des situations incompatibles avec la fonction exercée. En ce sens la réflexion de Nicolas Guillet, sur un développement excessif de la notion de déontologie qui serait passée d'une logique d'interdiction tirée du droit disciplinaire à une logique de responsabilisation²⁹⁸, rejoint la nôtre, et nous conduit à nous interroger sur l'évolution possible de la notion de déontologie appliquée à l'administration, au regard des nouvelles techniques de management issues du privé²⁹⁹.

Notre questionnement s'appuie, notamment, sur un décret du 28 juillet 2010, relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle de

²⁹⁴ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF).

²⁹⁵ Art. 1^{er}, L. organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001, préc..

²⁹⁶ Voir en ce sens J.-F. Calmette, *La loi organique relative aux lois de finances (LOLF) : un texte, un esprit, une pratique*, RFAP, n° 117, 2006, pp. 43-56, cité par J. Lapin, *Performance et fonction publique de l'État : les réformes récentes*, RFDA, 2009/3 n° 131, p. 601.

²⁹⁷ C. Chauvet, *Le pouvoir hiérarchique*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 276 », 2013, p. 448.

²⁹⁸ N. Guillet, *Interdits et interdictions dans le droit de la fonction publique*, Revue Droit et cultures, L'Harmattan, n° 57-2009/1, page 77-93.

²⁹⁹ Voir A. Bartoli, *Vers un management public éthique et performant*, RFDA 2011/4 n° 140, pp. 629-639, où elle s'interroge sur le rapport entre éthique et action publique performante, qu'elle juge « *potentiellement préoccupant* ».

fonctionnaires de l'État³⁰⁰, qui substitue le système de notation des fonctionnaires fixé sur des objectifs chiffrés qui prévalaient jusque-là par un entretien annuel conduit par le chef hiérarchique portant principalement sur « *les résultats professionnels obtenus eu égard aux objectifs qui lui ont été assignés et aux conditions d'organisation et de fonctionnement du service dont il relève* », « *sur sa manière de servir* », ou encore sur « *la manière dont il exerce les fonctions d'encadrement qui lui ont été confiées, le cas échéant* »³⁰¹. Cet entretien aura, en vertu du chapitre II de ce décret³⁰², des conséquences importantes puisqu'il va permettre au chef de service d'attribuer des réductions ou des majorations d'ancienneté en vue de l'avancement, dans une fourchette non négligeable de trois mois par an.

Dans un mouvement comparable, un décret du 29 août 2011³⁰³ institue une prime d'intéressement à la performance collective qui permet d'exclure de son bénéfice un agent « *en cas d'insuffisance caractérisée dans la manière de servir* »³⁰⁴. Selon la circulaire prise en application de ce décret, la décision, là encore, appartient au chef de service qui doit fonder celle-ci sur « *la procédure d'évaluation ou d'entretien professionnel* »³⁰⁵.

Au regard de ces nouveaux outils déontologiques, il convient de s'interroger sur leur utilisation possible.

Le chef de service, rendu juge naturel des questions déontologiques, ne va-t-il pas être tenté d'utiliser ces nouveaux outils en tenant compte de critères plus approximatifs ? Ce passage d'une évaluation objective qui prévalait auparavant, en ce qu'elle reposait sur des critères chiffrés, à une évaluation reposant uniquement sur l'entretien avec le supérieur hiérarchique ne va-t-il pas instaurer « *un cadre favorable à*

³⁰⁰ D. n° 2010-888 du 28 juillet 2010, relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle de fonctionnaires de l'État, JO 30 juil..

³⁰¹ *Ibid*, art. 3.

³⁰² Intitulé : « *De la reconnaissance de la valeur professionnelle* ».

³⁰³ D. n° 2011-1038 du 29 août 2011 instituant une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les administrations de l'État, JO 1^{er} septembre.

³⁰⁴ *Ibid*, article 4 du décret précité.

³⁰⁵ Circulaire du 29 août 2011 relative à la mise en place d'une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les administrations de l'État et ses établissements publics.

une appréciation "subjectivée" du comportement [...] à une mutation dans la nature même de l'appréhension du comportement de l'agent »³⁰⁶ ?

Ne pouvant sanctionner disciplinairement un agent, il pourrait lui refuser une majoration d'ancienneté ou lui supprimer une prime afin de lui signifier que son attitude n'est pas en adéquation avec les exigences de son service, telles qu'il les conçoit. Aussi, il n'est pas excessif de craindre qu'un chef de service exerce cette nouvelle prérogative qui lui est offerte sous l'influence de critères personnels, qui ne seront pas nécessairement en lien avec l'intérêt du service. On le voit, le risque d'une décision injuste existe, ce qui à terme, pourrait aboutir à un objectif contraire à celui qui était attendu à l'origine : encourager les meilleurs éléments par leur implication.

Enfin, ces évolutions ne pourraient-elles pas, à terme, remettre en cause l'édifice statutaire, lui-même ? En ce sens, les propos du Professeur Alain Supiot de 1989, rapportés par Yves Struillou³⁰⁷, semblent tout à fait applicables à cette situation nouvelle : *« le salaire au mérite sape la dignité dans le rapport au pouvoir, puisqu'il place les agents dans un rapport de subordination individuelle vis-à-vis de leurs supérieurs hiérarchiques, ce qui fait redouter la servilité des uns et l'arbitraire des autres, et ce qui déstabilise les collectifs de travail. Il sape la sérénité dans le rapport à l'argent, puisqu'il rompt avec l'idée d'un traitement attaché à la fonction, pour traiter le travail comme une marchandise dont il est la contrepartie [...]. Il sape enfin l'idée de continuité dans le rapport au temps puisqu'il introduit la discontinuité du revenu »³⁰⁸.*

Aussi nous considérons, comme le soutient le Professeur Clément Chauvet dans sa thèse sur *Le pouvoir hiérarchique* que si *« il appartient aux supérieurs placés aux différents échelons hiérarchiques de se saisir de ces moyens de sanction applicables aux subordonnés insoumis. Les chefs doivent user de leurs prérogatives en respectant les évaluations menées par les supérieurs hiérarchiques directs. Ces derniers doivent les réaliser en gardant à l'esprit qu'ils disposent là, au-delà de l'évaluation des*

³⁰⁶ E. Marc et Y. Struillou, *Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ?*, RFDA nov. 2010, n° 6, p. 1169.

³⁰⁷ Y. Struillou, *Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique*, AJDA 2011, p. 2399.

³⁰⁸ A. Supiot, *La crise de l'esprit de service public*, Dr. soc. 1989, p. 777, cité par Y. Struillou, *Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique*, préc..

performances de l'agent, du moyen le plus simple et le plus direct pour sanctionner ses fautes et comportements inappropriés »³⁰⁹. Le pouvoir conféré au supérieur hiérarchique doit se situer dans une approche objective, rien de plus.

§2.- La réception juridique de la déontologie

Pascale Deumier, dans sa contribution à une réflexion sur le droit souple, s'interrogeait sur sa substance et sa réception par le juge³¹⁰ : « *L'ordre juridique, tout de dureté et de fermeté dans ses composantes traditionnelles, n'est-il pas antinomique du droit souple et, dès lors, inapte à le recevoir ?* », avant d'y répondre sans détour, par un « *oui, le droit souple est reçu par l'ordre juridique, il l'est sous toutes ses formes et en tous points de l'ordre juridique* »³¹¹. Ce constat est le nôtre. Pour nous, il repose sur le rôle que le juge a entendu donner à son contrôle de vérification des sanctions prises **(B)** qui s'appuie sur la notion de standard **(A)**.

A. L'apport du standard

Dans sa thèse sur *Le juge administratif français et la technique du standard*³¹², Stéphane Rials, définit le standard juridique comme le « *pur instrument des situations et des comportements en terme de normalité* »³¹³, celui qui est intégré par le juge au delà du normatif pour fonder sa décision. Le raisonnement du juge serait, pour le Professeur Rials, à la fois descriptif et dogmatique : descriptif au regard du comportement normal et acceptable (on pourrait dire raisonnable) d'un individu moyen appartenant à un groupe social face aux faits qui sont soumis aux juges, et dogmatique au regard de la symbolique qu'il recouvre, de l'intérêt collectif. On le devine, la proportionnalité joue son rôle dans cette recherche d'un équilibre de la sanction au delà de ce que dit le droit. En ce sens, l'on peut dire que le juge a intégré via le standard la notion d'éthique.

³⁰⁹ C. Chauvet, *Le pouvoir hiérarchique*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 276 », 2013, préc. p. 448.

³¹⁰ P. Deumier, *La réception du droit souple par l'ordre juridique*, pp. 113-139, in *Le droit souple : Journées nationales*, Boulogne sur-Mer (Association Henri Capitant), Tome 13, Dalloz, 2009.

³¹¹ *Ibid*, p. 115.

³¹² S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 135 », 1980.

³¹³ *Ibid*, p. 74.

C'est pour cela qu'une appréciation objective d'une sanction nécessite une connaissance par le juge des principes qui s'attachent à un service public. Pour ce faire, il est certain que les codes de déontologie, pour ne citer qu'eux³¹⁴, offrent un outil de référence conséquent pour lui, car il existe des différences selon les fonctions publiques. Toutes ne répondent pas aux mêmes contraintes. Si certains codes ont un caractère plus contraignant que d'autres c'est en raison de ces différences, d'exigences morales requises plus particulières (ex : magistrature, défense, police). En ce sens l'on peut dire la déontologie s'articule sur plusieurs niveaux : aux principes communs à toutes les fonctions publiques s'ajoutent des exigences spécifiques pour celles qui sont soumises à de fortes prérogatives de puissance publique.

Reste que l'apport des outils déontologiques comme standard ne peut être nié et d'ailleurs, à bien y regarder, on relèvera que les codes de déontologie, par leur structure et leur formulation, s'apparentent sous bien des aspects à des textes de droit dur, jusqu'à calquer une grille d'analyse conçue pour lui. Par exemple, le décret portant code de déontologie applicable à la police nationale, qu'il partage désormais³¹⁵ avec la gendarmerie nationale depuis janvier 2014 et qui a été codifié au livre IV, titre 3, chapitre 4 de la partie réglementaire du code de la sécurité intérieure, est doté d'une valeur contraignante supplémentaire lorsqu'il impose au fonctionnaire de la police nationale (ou au gendarme) d'être « *loyal envers les institutions républicaines (...), intègre et impartial* », sans se départir « *de sa dignité en aucune circonstance* ». Cette prise en compte de valeurs non spécifiquement juridiques va permettre au juge d'accompagner sa décision en prenant appui sur elles, surtout si, comme c'est le cas pour le code sur les policiers et les gendarmes, elle comporte un article intitulé *Sanction des manquements déontologiques* où il est dit que « *tout manquement du policier ou du gendarme aux règles et principes définis par le présent*

³¹⁴ S'y ajoutent les chartes et directives.

³¹⁵ La police nationale ne dispose plus de son propre code institué par le D. n° 86-592, 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale, JO, 19 mars.

Voir, pour une critique, par analogie, le comm. de D. Jean-Pierre, sur le décret n° 2003-735 du 1er août 2003 (JO, 6 août) portant code de déontologie des agents de la police municipale qui, par bien des aspects, a calqué celui de leurs homologues de l'État. Il y critique, non sans humour, une rédaction qu'il juge désordonnée qui coûterait « *probablement son examen à plus d'un étudiant des facultés de droit* » (D. Jean-Pierre, *Propos irrévérencieux sur la déontologie des agents de police municipale*, JCP-A n° 39, 22 sept. 2003, p. 1234).

code l'expose à une sanction disciplinaire en application des règles propres à son statut, indépendamment des sanctions pénales encourues le cas échéant »³¹⁶.

Enfin, à la critique récurrente (*que l'on trouvait déjà chez Cesare Beccaria*³¹⁷), qui voudrait que le standard corresponde à une évolution des mœurs, que le juge prendrait en compte les avancées sociétales pour se montrer plus laxiste, notre recherche prouve que cela ne correspond aucunement à une réalité³¹⁸. Même si le juge dans son office est un arbitre dans son interprétation, et même un ministre de l'équité, il n'a jamais été soumis aux fluctuations des évolutions sociétales en ce domaine, bien au contraire. S'il s'attache aux circonstances et au service public concerné, c'est uniquement pour adapter sa sévérité.

B. Le recours au standard par le juge dans son contrôle de vérification des déviations reprochées

Pour appréhender cet aspect important de la contrainte morale, nous allons faire preuve d'audace et commencer notre propos en partant du postulat posé par Philippe Jestaz, en lui répondant que si « *la sanction est l'inconnue du droit* »³¹⁹, sa source peut aussi avoir une composante morale car le juge administratif dans sa recherche d'une solution pourra toujours trouver appui sur la déontologie pour conforter sa décision, soit en confirmant une sanction disciplinaire, soit en jugeant que l'autorité disciplinaire dans son contrôle des principes déontologiques a fait preuve d'une mauvaise appréciation. Pour nous, une sanction prononcée par l'autorité administrative en référence à une règle trouvant son origine dans un code de déontologie ne sera pas censurée par le juge, à condition qu'elle soit pragmatique et équilibrée, car il s'agit tout autant pour lui de

³¹⁶ Art. R. 434-27, code de la sécurité intérieure, préc..

³¹⁷ Beccaria avait développé l'idée que le juge n'est pas maître de ses passions : « *Chaque homme a son point de vue, qui diffère selon les moments. L'esprit de la loi serait donc le résultat de la bonne ou de la mauvaise logique d'un juge, d'une assimilation facile ou pénible, il dépendait de la violence de ses passions, de sa faiblesse quand il est malade, de ses relations avec la personne lésée, de toutes les causes minimes qui changent l'aspect d'un objet selon les fluctuations de l'âme humaine* » (C. Beccaria, *Des délits et des peines, Dei delitti e delle pene*, 1764 (IV : « Interprétation des lois »), Traduction M. Chevallier, Paris, édit. GF, 1991, pp. 68-69)

³¹⁸ **Rappel** : la notion de "standard" se fait ici sous un aspect plus conceptuel que fonctionnel, afin d'éviter toute répétition. Son aspect fonctionnel sera traité dans le titre second de cette première partie (Titre II- Le domaine des incompatibilités).

³¹⁹ P. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit*, chron. n° XXXII, Dal. 1986, pp. 197-204.

trouver une qualification juridique par rapport à des faits répréhensibles que de rechercher par tous les moyens une sanction en adéquation avec l'intérêt du service qui prévaut toujours.

Pour preuve, lorsque le juge doit se prononcer sur un recours d'un fonctionnaire de la police nationale contre une sanction disciplinaire, il lui arrive souvent de motiver sa décision de rejet sur une « *déontologie policière* »³²⁰. De même, afin de souligner son propos, ce recours à une « *déontologie policière* » s'est déjà fait par une référence directe au décret de 1986 portant code de déontologie par son inscription au visa des textes retenus par lui³²¹. Parfois, mais c'est plus rare, il ne se contente pas de viser le code de déontologie en bloc, mais fonde son raisonnement explicitement sur son contenu en visant très précisément telle ou telle disposition textuelle dans son arrêt. Les arrêts de 1997, de la Cour administrative d'appel de Paris ou de celui du Conseil d'État, sont sur ce point caractéristique car ils associent les « *manquements graves* » à la « *déontologie policière* » expressément « *aux articles 7 et 11 du décret du 18 mars 1986 portant code de déontologie* »³²².

Ce recours à des valeurs non spécifiquement juridiques peut s'expliquer par l'absence de définition a priori de ce qui constitue une faute disciplinaire, l'article 29 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires se contentant d'énoncer, pour les trois fonctions publiques, que « *toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale* ». Cela lui permet de conserver une appréciation souveraine, et l'autorise à avoir recours à des valeurs déontologiques émises par des codes de déontologies dans son contrôle de vérification d'une incompatibilité fonctionnelle (incompatibilité de fait ou de situation).

Un peu à l'image du juge constitutionnel qui en son temps, dans une démarche unificatrice, rattacha dans une même estime les préambules des constitutions de 1946 et

³²⁰ C.E. (S), 10 mai 1995, n° 135431.

Pour une décision récente qui reprend cette formule voir l'arrêt de la CAA de Lyon, 7 oct. 2014, n° 13LY02413.

³²¹ C.E., 23 avril 1997, n° 144038.

³²² CAA de Paris, 11 juil. 1997, n° 95PA03248 ; C.E., 12 déc. 1997, n° 134341.

de 1958, ainsi que la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, pour censurer une loi³²³, ou du juge civil, qui reprit la notion de bonne mœurs de l'article 6 du code civil³²⁴ au-delà du cadre légal dans lequel il devrait être compris afin d'obtenir une moralisation des conventions applicables entre particuliers ou se servi de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant comme critère de solution aux conflits relatifs aux familles, le juge administratif se servira des outils déontologiques qui identifient des situations incompatibles avec la fonction exercée, pour contrôler qu'une sanction disciplinaire repose bien sur des motifs qui soient pertinents et proportionnés au regard de l'intérêt du service et des impératifs moraux nécessaires à son bon fonctionnement.

On ajoutera, pour éviter toute confusion, que la proximité de ces concepts se limite à l'apport d'un standard. Il est certain que le standard qui s'applique au principe de loyauté, de dignité ou d'impartialité, pour ne citer qu'elles, est d'une interprétation moins nuancée ou fluctuante que celui utilisé par le juge civil à travers les notions civilistes, « *douées d'une capacité (plus) englobante* »³²⁵ (ex : celle de "bon père de famille"). Ils relèvent d'une conception plus exigeante qui s'apparente à une éthique supérieure, presque idéalisée, où, comme nous l'avons déjà dit, les évolutions sociétales qui iraient dans le sens d'une permissivité plus grande sont exclues de son champ d'analyse.

³²³ Déc. n° 71-44 DC du 16 juil. 1971 et n° 73-51 DC du 27 déc. 1973.

³²⁴ « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » (art. 6 du code civil).

³²⁵ E. Géraud-Llorca, *L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil*, in *Les bonnes mœurs*, PUF.

Conclusion chapitre II

Le droit souple a acquis, c'est indéniable, une valeur particulière dans le droit de la fonction publique. En raison de la spécificité de son contenu, tout agent public, fonctionnaire ou contractuel, aura à s'interroger sur le comportement que l'on attend de lui. Même si l'on ne peut évidemment pas assimiler le droit souple à une norme, l'étude de la contrainte morale nous a permis d'établir qu'il existe un lien entre l'agent public et la personne publique qu'il sert allant au-delà du simple contenu obligationnel des textes normés. Qu'il existe des sources qui, même si elles ne sont pas spécifiquement juridiques, vont produire des effets sur lui. Qu'en cela le rôle du chef hiérarchique et du juge nous est apparu déterminant. Rendu juge naturel des questions déontologiques, ils vont s'appliquer à éviter toute déviance non conforme à une éthique administrative identifiable à un service. Tandis que le chef hiérarchique, attaché à la représentation de l'agent public et à son autorité sur son subordonné, pourra allier son pouvoir de contrôle à un pouvoir de sanction, le juge dans son pouvoir de vérification pourra prendre appui sur les outils déontologiques pour en assurer la cohérence.

Après avoir souligné ces nouveaux contours du droit des incompatibilités qui se dessine, nous concluons notre réflexion, comme Catherine Thibierge a conclu la sienne dans son article sur *Le droit souple-Réflexion sur les textures du droit* : « *Et alors, l'ultime question, la plus forte, celle de l'intégration du droit souple au sein même du droit et de sa théorie générale ne manquerait pas de se poser* »³²⁶.

³²⁶ C. Thibierge, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, RTD civ. 2003, p. 599.

Conclusion du Titre I

S'il fixe un cadre, l'interrogation sur les incompatibilités ne tient pas uniquement à l'existence d'un statut et à son caractère exclusif. Bien que l'agent public soit encadré par son statut ou son contrat de droit public, qui est en quelque sorte son premier code de déontologie, et par les jugements qui peuvent l'éclairer en lui imposant des limites, ils ne sont plus en adéquation avec les problèmes qu'il peut (*et doit*) se poser. Ils ne suffisent pas. « *Les mailles statutaires sont (devenues) trop larges pour fournir un guide de conduite concret* »³²⁷, tant il est vrai, qu'au phénomène déjà ancien de la décentralisation s'en est ajouté de nouveaux qui ont enrichi la problématique déontologique, comme par exemple les interactions entre le secteur public et le secteur privé³²⁸. Les risques de conflits d'intérêts susceptibles de transformer un corruptible en corrompu ont indéniablement augmenté, car c'est un fait que cette nouvelle « *proximité avec l'argent privé (...) rend la tentation forte* »³²⁹. Aussi, sans avoir l'intention d'ouvrir une controverse sur la capacité des agents publics à être exemplaires, nous ne trouvons pas de contradiction à considérer, comme Olivier Schrameck, que « *la conception d'une fonction publique par essence désintéressée, en quelque sorte aseptisée par rapport au monde extérieur, serviteur exclusif et rigoureux d'un intérêt général conçu comme une catégorie transcendante de l'esprit, apparaît bien obsolète* »³³⁰.

³²⁷ O. Schrameck, *La déontologie du fonctionnaire*, Actes du colloque du 7 novembre 1996 à l'ÉNA, Cahiers de la fonction publique et de l'administration, numéro spécial supplément au n° 153, éd. Berger-Levrault, Paris, 1997, p.17.

³²⁸ Ex : Les partenariats public-privé, *dits PPP*.

³²⁹ J. Onno, *La déontologie de l'administration*, LPA, 24 déc. 1999, n° 256, p. 15.

³³⁰ O. Schrameck, *La déontologie du fonctionnaire*, préc. p. 16.

TITRE II

LE DOMAINE DES INCOMPATIBILITÉS

« Selon un principe constant du droit de la fonction publique, les agents de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et des établissements hospitaliers doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées dans l'administration qui les emploie »³³¹. Ce principe d'exclusivité se prolonge dans l'obligation de non cumul qui interdit à l'agent public d'exercer une activité privée lucrative en plus des fonctions qu'il exerce à titre principal qui pourrait nuire à la mission de service public qui lui a été confiée. Il a été considéré que « débarrassé de toute tentation de dispersion pour des motifs liés à l'argent, il peut mieux se consacrer à la fonction pour laquelle il a été recruté »³³². Cette obligation de non-cumul a une portée considérable car le cumul d'un emploi public et d'une autre activité peut en effet s'exercer de manière simultanée ou successive. Ainsi, le fait qu'un agent quitte ses fonctions, quelle qu'en soit la cause de la cessation, ne le libère pas pour autant de toute obligation. Il sera contraint de tenir compte de la compatibilité de ses anciennes fonctions avec ce qu'il ambitionne de faire durant les trois prochaines années.

On le devine, le domaine des sujétions du droit de la fonction publique est vaste. Nous verrons l'incidence du statut sur l'exercice des fonctions (**Chapitre I**), puis nous étudierons ensuite l'incidence des fonctions en marge de l'activité professionnelle (**Chapitre II**).

³³¹ Circ. n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités pour les fonctionnaires, les agents non titulaires de droit public et les ouvriers des établissements industriels de l'Etat, p. 1.

³³² C. Fortier, *Pas de cumul pour les doctorants sous contrat !*, AJFP 2009, n° 6, p. 300.

CHAPTIRE I

L'INCIDENCE DU STATUT SUR L'EXERCICE DES FONCTIONS

La contrainte statutaire ayant été étudiée dans son particularisme et ses spécificités, il nous est désormais possible d'en déterminer ses incidences sur l'exercice des fonctions. Les deux grands principes statutaires qui vont régler la manière de servir sont ceux d'un exercice exclusif et désintéressé des fonctions. Alors que le principe d'exclusivité assure une indépendance des fonctions par l'obligation qui est faite à tout agent public de se consacrer pleinement à l'activité pour laquelle il a été engagé et est rémunéré, le principe de désintéressement garanti cette indépendance par l'interdiction d'exercer toute autre activité, en plus de celle qui est exercée à titre principal. A confronter ces deux principes, on remarquera qu'ils se complètent ou se prolongent, que l'un va difficilement sans l'autre : le principe d'exclusivité ne complète-t-il pas le principe de non cumul en lui offrant le support nécessaire à l'interdiction ? Réciproquement, l'interdiction de cumul ne prolonge-t-elle pas le principe d'exclusivité en précisant sa portée ?

Cette contrainte d'un dévouement sans partage marque très fortement le droit de la fonction publique, même si, comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette thèse, des dérogations à ces principes ont été prévues. Aujourd'hui, l'association des deux principes est toujours affirmée à l'article 25-I du statut général de la fonction publique de 1983³³³, qui prévoit que « *les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit* ».

³³³ L'art. 20 de la loi de modernisation de la fonction publique qui a réécrit l'art. 25 du statut général (Titre I), n'a pas modifié ces deux principes, malgré les changements intervenus sur les dérogations (voir Partie II).

Ces deux dimensions fonctionnelles de la contrainte statutaire sur l'exercice des fonctions nous conduisent à présenter successivement le principe d'exclusivité qui assure l'indépendance des fonctions (**section 1**), puis l'interdiction de cumul qui garantit le désintéressement (**section 2**).

SECTION I L'INDÉPENDANCE PAR L'EXCLUSIVITÉ

Bien que l'indépendance professionnelle par l'exclusivité se pose comme une exigence d'évidence et réponde à une règle qui n'est pas nouvelle dont on peut trouver trace jusque dans les Évangiles³³⁴ ; le principe d'une indépendance totale dans l'exécution des activités publiques vis-à-vis des activités privées remonte réellement à la III^{ème} République. Sa mise en place a évolué, selon les périodes, en raison des différentes hypothèses que la personne publique a entendu régler. Cet aspect historique complexe fera l'objet d'un développement (§1), avant que ne soit étudié le principe d'exclusivité en l'état actuel du droit (§2).

§1.- L'exclusivité, une obligation issue d'une évolution historique complexe

Le questionnement sur l'encadrement de ceux qui apportent leurs concours à la chose publique a toujours suscité une réflexion sans cesse renouvelée. Au-delà des ordonnances royales de 1254 et de 1256 de Louis IX³³⁵ destinées à corriger les abus de ses agents dans ses provinces, peu contraignantes en raison d'un pouvoir largement discrétionnaire où l'arbitraire est mis en évidence par l'absence de sanctions prévues, le premier texte à exiger une exclusivité dans l'exercice des fonctions remonte à une loi du 28 avril 1816³³⁶. Bien que cette loi ne s'intéressait qu'aux cumuls d'emplois publics, elle

³³⁴ « *Aucun serviteur ne peut servir deux maîtres : ou bien il haïra l'un et aimera l'autre, ou bien il s'attachera à l'un et méprisera l'autre* » (Évangile de Jésus-Christ selon Saint Luc, chapitre 16, verset 13 ; cité par M. Carius, JCP (A) n° 4, 19 janv. 2009, p. 2018).

³³⁵ « *Ordonnances qui avaient pour objet la réformation et l'administration de son domaine [...] qui énuméraient les obligations des agents royaux à tous les degrés* » (M.-C. Dareste, *Histoire de France depuis l'origine jusqu'à nos jours*, Paris, Henri Plon, 1865, p. 252).

³³⁶ L. n° 1816-28 du 28 avril 1816.

préfigurait un autre texte : le décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions³³⁷, pris en vertu d'une loi d'habilitation votée le 20 juin 1936 supprimant les rémunérations de retraités ou de fonctionnaires contraires à la bonne gestion administrative et financière du pays³³⁸. Ayant le même objet, ce texte avait un champ d'application qui se voulait plus large puisqu'il réglait dans les mêmes termes à la fois les cumuls de fonctions, de rémunérations et de retraites, des fonctionnaires civils et militaires.

Pour nous, sans conteste, l'origine du décret-loi de 1936 est à rechercher dans une volonté d'assurer une indépendance des fonctions. C'est ce que nous proposons de démontrer en confrontant les différentes justifications qui ont pu être avancées, tout en les situant dans le contexte jurisprudentiel et politique de l'époque **(A)**. Ensuite, nous verrons que si la portée de l'obligation d'exclusivité n'a cessé, depuis, d'être un marqueur important du droit de la fonction publique, le dispositif de 1936 n'a pas su, au gré des statuts, s'adapter aux difficultés rencontrées et au droit, le rendant ainsi non seulement difficilement compréhensible mais aussi inefficace³³⁹ **(B)**.

A. Le dispositif de 1936 et ses justifications

Avant le décret-loi de 1936, c'est un fait, l'idée d'éviter que les agents publics se dispersent par la recherche d'un gain supplémentaire n'est pas véritablement traitée par les gouvernements successifs qui, comme nous l'avons dit, sont plus préoccupés d'assurer le bon fonctionnement du service public en le préservant de toute revendication, notamment syndicale³⁴⁰, qui pourrait faire obstacle à sa continuité. Quelques textes avaient bien commencé à apparaître comme le décret-loi du 4 avril 1934 portant modification des règles de cumul en matière de traitements qui mettait un régime strict d'incompatibilité avec les professions commerciales³⁴¹ ou, encore, le décret-loi du 28 août 1935 qui posait l'interdiction du cumul d'un emploi public avec une activité

³³⁷ JORF, 31 oct..

³³⁸ JORF, 21 juin.

³³⁹ Ce dispositif « *qui mêle des dispositions de nature législative et de nature réglementaire (...) n'est plus adapté à la situation actuelle (... ce qui) a fait perdre à ce texte sa cohérence d'ensemble* » (Rapport (J.-A. Benisti) n° 3173 de l'A.N. sur le projet de loi de modernisation de la fonction publique, 21 juin 2006, p. 76).

³⁴⁰ Voir supra p. 20 et suiv..

³⁴¹ JORF, 5 avril.

lucrative³⁴² ; mais c'est le décret-loi de 1936 qui prit véritablement en considération l'attachement nécessaire aux fonctions par l'exclusivité. En faisant œuvre de synthèse, il reprit dans une démarche unificatrice les textes précités qui se trouvaient ainsi implicitement abrogés mais aussi les jurisprudences qui, en matière d'indépendance dans l'intérêt du service, avaient ouvert la voie.

Cet apport de la jurisprudence, sans être nié, est rarement soulevé ; d'autres justifications au dispositif de 1936 lui sont souvent préférées. Alors, oui, on peut, comme le fait la doctrine, mettre en avant un contexte social difficile d'amplification du chômage dont le gouvernement se serait saisi afin d'empêcher aux fonctionnaires, « *qui par définition occupent déjà un emploi* »³⁴³, d'entrer en concurrence avec ceux qui en étaient privés. Considérer que « *le dévouement intégral aux missions publiques des agents était un moyen de libérer des emplois salariés à pourvoir sur le marché de l'emploi* »³⁴⁴, argument qui sera, d'ailleurs, repris dans le rapport du Conseil d'État sur *Le cumul d'activités et de rémunérations des publics* remis au Premier Ministre en 1999, qui le considérait comme toujours actuel³⁴⁵. Ou alors, considérer, comme nous, qu'au-delà de cet argument de politique sur l'emploi, l'intérêt du service dans son impératif d'un fonctionnement efficace et libre de tout intérêt contraire n'y était pas absent, et même prégnant. Considérer, encore, que le gouvernement ne jugeait plus ce point comme secondaire et qu'il voulait avec ce nouveau dispositif se montrer plus attentif à l'obligation d'exclusivité car il y voyait le moyen d'assurer le premier principe que doit remplir tout fonctionnaire : l'indépendance qui garantit son désintéressement et l'oblige à se consacrer pleinement à sa fonction.

Notre réflexion s'appuie sur le fait que celui qui était à l'origine du décret-loi de 1936, Léon Blum, avait eu à se prononcer en ce sens en tant que commissaire du gouvernement, avant de devenir Président du Conseil des ministres. Dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État *Renoux contre ville d'Agen* du 8 novembre 1918, il reconnaissait la possibilité de réglementer, voire d'interdire à un fonctionnaire

³⁴² JORF, 29 août.

³⁴³ Rapport du C.E au Premier Ministre sur *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, 1999, La doc. fr., 1999, p. 7.

³⁴⁴ N. Laval-Mader, *Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ?*, AJDA 2009, p. 1230.

³⁴⁵ Rapport du C.E au Premier Ministre sur *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, 1999, préc., p. 7.

de ne se livrer à « *aucun (autre) travail rémunéré* »³⁴⁶. Argumentation reprise par la suite dans l'arrêt *Sieur Caroillon de Villecourt*, du 21 juillet 1926, qui ne disait pas autre chose lorsqu'il reconnaissait à « *l'administration* » (donc au chef de service) le pouvoir d'interdire aux fonctionnaires de se livrer à des opérations commerciales afin qu'ils « *s'acquittent correctement et intégralement de leurs fonctions* »³⁴⁷. Pour Léon Blum, comme pour les autres magistrats du Conseil d'État, l'exclusivité n'était pas une question de pure forme, l'emploi public se suffisait à lui-même et le fonctionnaire ne devait pas rechercher ailleurs une autre source de rémunération, au risque de compromettre son indépendance. Aussi, à n'en pas douter, le dispositif de 1936 qui subordonne le fonctionnaire en activité à l'intérêt général par le désintéressement a pour point de référence ses conclusions de 1918. C'est très certainement dans son prolongement qu'à son arrivée à Matignon, le 4 juin 1936³⁴⁸, il ne tarda pas à inscrire l'exclusivité dans les textes en faisant voter une loi d'habilitation³⁴⁹ qui l'autorisa le 29 octobre suivant à adopter le fameux décret-loi.

B. Un dispositif devenu inefficace

Le décret-loi de 1936 demeura en vigueur sous le premier statut de 1946³⁵⁰, qui le prévoyait expressément à son article 9³⁵¹, mais aussi, curieusement, dans les statuts qui vont lui succéder en 1959 et 1983, alors qu'ils prévoyaient pourtant que « *les conditions pour lesquelles il peut être exceptionnellement dérogé* » au principe d'exclusivité et à l'interdiction de cumul seraient fixées par un autre texte de même valeur : un "*règlement d'administration publique*" pour le statut de 1959³⁵² ou un "*décret pris en Conseil d'État*" pour celui de 1983³⁵³. Dans cette attente, le Conseil d'État continua à y avoir

³⁴⁶ Concl. L. Blum, sur C.E, 8 nov. 1918, *Renoux c/ ville d'Agen*, rec. 1918, p. 966.

³⁴⁷ CE, 21 juil. 1926, *Sieur Caroillon de Villecourt*, rec. 1926, p.765 ; S. 1927.III.53.

³⁴⁸ Il restera Président du Conseil jusqu'au 29 juin 1937.

³⁴⁹ 20 juin 1936, JORF 21 juin.

³⁵⁰ L. n° 46-2294, 19 oct. 1946 relative au statut général des fonctionnaires, préc..

³⁵¹ « *Il est interdit à tout fonctionnaire d'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 le décret du 26 octobre 1936 et les textes subséquents* ».

³⁵² Art. 8, Ord. n° 59-244, 4 fév. 1959, relative au statut général des fonctionnaires, préc..

³⁵³ Art. 25-I, L. n° 83-634, 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, préc..

recours³⁵⁴, non sans rappeler à chaque fois que l'occasion lui en était donnée le caractère abscons de cette situation : « *Il n'existe pas d'autres exemples de dispositions législatives statutaires renvoyant à un décret qui n'aient pas été suivies d'effet* »³⁵⁵.

Critique qui faisait écho à son inefficacité avérée, en raison des incertitudes qu'il soulevait et des contradictions qui ne manquaient pas de se révéler à lui, selon un constat partagé à la fois par la doctrine, qui le jugeait comme « *obsolète [...], le dernier vestige d'une époque révolue du droit de la fonction publique, la période "pré-statutaire"* »³⁵⁶, que par le gouvernement qui commandait en 1997 un rapport au Conseil d'État³⁵⁷ prenant la forme d'un peccavi :

« *Le Premier Ministre **constatant** que le décret en Conseil d'État destiné à prévoir les dérogations au principe d'interdiction d'exercice d'une activité professionnelle privée lucrative n'avait pas été pris, a demandé au Conseil d'État d'étudier les anomalies résultant de l'application du décret-loi du 29 octobre 1936, qui tient lieu de décret d'application de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983* »³⁵⁸.

Au terme de son étude, le Conseil d'État, on le devine, ne manquait pas de relever les « *lacunes, vieillissements ou ambiguïtés* » d'un dispositif mal, ou peu respecté, qui conduisait « *parfois à des applications erronées de la réglementation (...et souvent à la volonté manifeste de la contourner ou de l'ignorer* »³⁵⁹. En toute logique, il concluait à la nécessité d'une réforme qui passait par son abrogation et l'adoption d'un nouveau décret susceptible d'être appliqué sans détour, ce qui visait aussi les textes d'interprétation du décret-loi, comme ceux des articles L. 324 et suivants du code du travail, qui, là encore, n'échappaient pas non plus à sa critique, en raison d'une

³⁵⁴ C.E. (S), 8 nov. 1963, *Sieurs Le Fay et Denis* ; C.E., 23 juin 1982, *Mesnard*.

³⁵⁵ Rapport public du C.E., 2003, Considérations générales : *Perspectives pour la fonction publique* (EDCE, n° 54), 2003, p. 326.

³⁵⁶ M. Carius, *Feu le décret du 29 octobre 1936*, AJDA 2007, p. 521.

³⁵⁷ Rapport du Conseil d'État au Premier Ministre sur *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, 1999, La doc. fr., 1999.

³⁵⁸ *Ibid*, p. 3.

³⁵⁹ *Ibid*, p. 48.

mauvaise codification qui avait « *maintenu la version d'origine du décret-loi de 1936 sans y apporter les modifications qu'a connu ce texte depuis 1936* »³⁶⁰. L'anomalie était d'ailleurs si flagrante que le juge administratif n'attendit pas la réforme de 2007 pour dire qu'il n'en voulait plus dans un arrêt qui revêtait la nature d'un considérant de principe : « *les dispositions (...) introduites dans le code du travail par la loi n° 73-4 du 2 janvier 1973, doivent être regardées comme ayant été **implicitement mais nécessairement** abrogées par l'intervention de la loi du 13 juillet 1983* »³⁶¹.

La correction, tant attendue, ne se fera qu'avec la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007³⁶² qui annonça la fin du décret de 1936³⁶³, complétée par son décret d'application du 2 mai 2007³⁶⁴, qui rendit son abrogation effective³⁶⁵, ainsi que les textes qui s'y rattachaient³⁶⁶.

§2.- L'exclusivité en l'état actuel du droit

Si la loi nouvelle modernise le régime des cumuls de 1983 dans son champ IV (articles 20 à 25), si elle innove par bien des aspects en modifiant les rares hypothèses d'un possible "aménagement" avec une autre activité, désormais « *plus nombreuses et plus clairement précisées* »³⁶⁷, comme nous le verrons précisément par la suite³⁶⁸, l'attachement aux fonctions voulu par le législateur de 2007 s'inscrit moins dans une rupture que dans une continuité **(A)**, tout au plus peut-on parler d'évolutions **(B)**.

³⁶⁰ *Ibid*, p. 16.

³⁶¹ CAA, Paris, 21 fév. 2006, n° 03-PA01680, AJFP 2006, p. 201.

Décision qui « *doit être replacée dans le courant jurisprudentiel récent qui confirme et renforce la capacité du juge administratif de constater l'abrogation implicite d'une norme juridique, à la suite de l'entrée en vigueur d'une norme postérieure avec laquelle elle devient incompatible* », selon Manuel Carius (comm. sur cet arrêt, JCP (A), n° 25, 19 juin 2006, p. 1135).

³⁶² L. n° 2007-148 du 2 fév. 2007 de modernisation de la fonction publique, JORF, 6 février.

³⁶³ *Ibid*, art. 23.

³⁶⁴ D. n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat, JORF, 3 mai.

³⁶⁵ *Ibid*, art. 24.

³⁶⁶ Les articles L. 324 et suivants du code du travail, précités.

³⁶⁷ Circ. n° 2157 du 11 mars 2008, préc., p. 2.

³⁶⁸ Voir infra, Partie II.

A. La continuité

La continuité se situe dans la rédaction du nouvel article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui continue de dire que les fonctionnaires doivent consacrer « *l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées* ». Si sur ce point il a été considéré que l'obligation d'exclusivité conservait toute sa pertinence, on doit s'interroger sur le fait de savoir si la réglementation nouvelle s'organise autour des positions statutaires.

Les positions statutaires sont « *les conditions dans lesquelles le législateur a voulu que les personnes publiques soient servies* » ; elles correspondent aux « *situations diverses qu'un agent public peut être amené à occuper* »³⁶⁹. Ces positions énumérées dans chacune des trois lois statutaires de 1983-86³⁷⁰ sont au nombre de six : à la position d'activité qui est la position normale du fonctionnaire, s'ajoute toujours le détachement, la position hors cadres, la disponibilité, l'accomplissement du service national et des activités dans une réserve, le congé parental.

Le fait qu'il y ait d'un côté l'hypothèse de cumul réel qui vise le fonctionnaire en position d'activité et de l'autre toutes les autres positions administratives qui vont viser le fonctionnaire qui se détache, se rend disponible de son administration d'origine, permettrait-il de supposer qu'à ces situations diverses correspondent des réglementations différentes?

La question peut se poser compte tenu des variations de rédaction entre l'article 8, alinéa 2, de l'ordonnance de 1959 et de l'article 25 de la loi de 1983, puisque dans le premier texte statutaire on s'est attaché à préciser l'exclusivité en visant « *tout fonctionnaire quelle que soit sa position* », alors que dans le second on vise « *les fonctionnaires* » sans faire état d'une quelconque position statutaire. De cette rédaction *simplifiée* de 1983, confirmée en 2007, ne fallait-il pas y voir une volonté *d'aménager* l'obligation d'exclusivité, de la rendre moins stricte par le jeu plus discret des décrets d'applications ? Rien de tel. Si les législateurs de 1983 et de 2007 n'ont pas repris une

³⁶⁹ G. Lupi, *Les positions du fonctionnaire*, Thèse Paris, Dalloz [Texte imprimé, BNF], 1956, p. 6.

³⁷⁰ Art. 32, de la L. du 11 janv. 1984 pour la FPE ; art. 55 de la L. du 26 janv. 1984 pour la FPT et art. 39 de la L. du 9 janv. 1986 pour la FPT.

formulation identique à celle de 1959, c'est très certainement qu'ils ont considéré que la question était réglée et qu'ils n'avaient pas à y revenir, car l'attachement à la fonction se fait par la titularisation, rien d'autre. Sans revenir sur ce que nous avons dit dans le premier chapitre, depuis l'arrêt *Heyriès* de 1918³⁷¹, le droit de la fonction publique est dominé par la bonne marche du service public, qui prime avant tout. Aussi vouloir trouver des positions statutaires où le fonctionnaire supporterait plus, ou moins, d'obligations ne correspondrait pas à la réalité statutaire du fonctionnaire. Seule une cessation définitive des fonctions libère totalement le fonctionnaire de son obligation d'exclusivité³⁷². Même si l'obligation d'exclusivité s'impose de manière très large, elle s'impose à travers toutes les positions statutaires. À tout moment de sa carrière, le fonctionnaire est, ou sera, dans une position statutaire qui lui commande son respect. Cela est si « *solidement fondé en droit (de la fonction publique) que (même) le fonctionnaire en congé, bien qu'il cesse d'exercer temporairement ses fonctions, est considéré statutairement comme en activité* »³⁷³. Tout comme, celui qui est suspendu, puisque dans l'attente qu'une décision soit prise à son encontre, il a été considéré, toujours de manière fictive, qu'il restait en position d'activité et qu'en conséquence il ne pouvait se croire autorisé à s'extraire de son obligation d'exclusivité³⁷⁴, d'autant que le législateur, sans doute afin d'éviter tout litige, a prévu dans ce cas un maintien de la rémunération dans une certaine limite³⁷⁵.

³⁷¹ C.E., 28 juin 1918, *Heyriès*, rec. p. 651 ; S. 1922.III.49, note Hauriou.

³⁷² Le désintéressement se règle autrement, voir infra chap. suivant.

³⁷³ S. Fratacci, *La suspension d'un fonctionnaire ouvre-t-elle une vacance d'emploi ?*, RFDA 1994, p. 467.

³⁷⁴ C.E., 22 nov. 1968, *Commune de Canari*, rec. p. 585.

³⁷⁵ Voir l'art. 30 du Titre I du statut général de la loi du 13 juillet 1983, qui prévoit le régime de la suspension qui permet au fonctionnaire de conserver son traitement durant un délai de 4 mois. A l'issue de ce délai, si aucune décision n'a été prise, le fonctionnaire est rétabli dans ses fonctions, sauf s'il y a des poursuites au pénal. Mais dans ce cas la retenue ne peut excéder la moitié de sa rémunération et on ne peut toucher aux suppléments versés pour charges de famille.

B. Les évolutions

La première évolution sur l'obligation d'exclusivité, concerne les agents à temps partiel de la fonction publique territoriale et hospitalière. Avant la loi du 2 février 2007³⁷⁶, ces agents ne pouvaient bénéficier d'un droit au cumul, contrairement aux agents à temps plein, mais également à ceux à temps incomplet ou à "temps non" complet³⁷⁷, bien que ces derniers bénéficiaient par définition du même temps libre. Cette exclusion du dispositif trouvait sa justification dans le fait que, contrairement aux agents à temps incomplet ou à "temps non" complet, cette absence du service n'était pas à l'initiative de la personne publique mais de l'agent. Aussi, il était considéré que « *dès lors qu'un agent fait le choix de ne pas exercer l'ensemble des obligations de service, et en obtient l'autorisation de son administration, il ne doit pas utiliser le temps libre qu'il a ainsi dégagé pour entreprendre une autre activité rémunérée* »³⁷⁸.

Ce raisonnement n'a pas varié jusqu'à ce que le législateur considère qu'il fallait revenir sur la situation qui leur était faite. Il est intéressant de comparer les arguments qui étaient avancés dans l'avant projet de loi sur la modernisation de la fonction publique de 2006³⁷⁹. Certains étaient peu convaincants comme celui qui se faisait par comparaison avec le secteur privé : « *il était choquant que le droit du travail l'autorise et que la fonction publique l'interdise* »³⁸⁰, qui faisait peu de cas de la distinction de l'intérêt public et de l'intérêt privé, de l'intérêt général et de l'intérêt particulier. D'autres étaient plus pertinents : « *il fallait travailler à temps complet avant de pouvoir prétendre exercer une autre activité* »³⁸¹.

³⁷⁶ L. n° 2007-148 du 2 fév. 2007, préc..

³⁷⁷ La faculté de créer des emplois à temps incomplet ou "temps non complet" n'était possible que pour la fonction publique territoriale ou hospitalière. Elle était exclue pour la fonction publique d'État. Elle correspondait à une volonté du législateur d'adapter le besoin en personnel aux nécessités du service.

³⁷⁸ Rapport du Conseil d'État au Premier Ministre sur *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, 1999, La doc. fr., 1999, p. 20.

³⁷⁹ Rapport (J.-A. Benisti) n° 3173 de l'A.N. sur le projet de loi de modernisation de la fonction publique, 21 juin 2006, La doc. fr..

³⁸⁰ Rapport (J.-A. Benisti) n° 3173 de l'A.N. sur le projet de loi de modernisation de la fonction publique, 21 juin 2006, p 33.

³⁸¹ *Ibid*, p. 28.

Cette "anomalie", qui reposait sur un postulat contestable, pour certains³⁸², a été corrigée par le décret du 2 mai 2007³⁸³ qui est revenu sur cette interdiction. Reste que si l'obligation ne s'applique plus avec la même rigueur qu'auparavant, si le régime dérogatoire leur est désormais ouvert, les agents à temps partiel doivent, comme les autres agents, continuer de consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées dans l'administration qui les emploie, dans la limite de ce qui pourrait leur être autorisé. Sur ce point rien ne change.

La deuxième évolution marquante sur l'obligation d'exclusivité, si évolution il y a, compte tenu de ce que nous avons dit sur la situation quasi statutaire des non titulaires dans le premier chapitre³⁸⁴, fut de s'appuyer sur le socle commun aux trois fonctions publiques, constitué par la loi du 13 juillet 1983, pour les intégrer expressément au nouveau dispositif de 2007, au lieu de simplement modifier ou compléter ce qui constitue en quelque sorte leurs *statuts* : les décrets de 1986-91³⁸⁵. Cette transposition d'une jurisprudence bien établie³⁸⁶ en droit interne emporte pour corollaire, que désormais, il leur est possible d'y déroger dans les mêmes conditions que pour les fonctionnaires³⁸⁷.

La critique que nous faisons à cet attachement des non titulaires aux fonctions, par leur intégration à l'obligation d'exclusivité de l'article 25 du statut général, tient au fait qu'il s'est fait en l'absence de responsabilisation statutaire. On le sait, si les fonctionnaires doivent consacrer « *l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées* », cela se fait en association avec le principe de responsabilisation prévue à l'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 sur le statut général

³⁸² Pas nécessairement pour nous. Nous évoquerons une problématique en ce sens lorsque nous aborderons le droit dérogatoire (voir infra, partie II).

³⁸³ D. n° 2007-658 du 2 mai 2007, préc.

³⁸⁴ Voir supra pp. 41-49 (*L'influence du statut sur la situation des non titulaires*).

³⁸⁵ D. du 17 janv. 1986 (préc.) pour le FPE, du 15 fév. 1988 (préc.) pour la FPT et du 6 fév. 1991 (préc.) pour la FPH.

³⁸⁶ Avant la loi de 2007, il était de jurisprudence constante que le C.E. applique « *indifféremment cette règle (d'exclusivité) aux agents publics titulaires et non titulaires* » (O. Dupuy, *Les activités accessoires des agents publics après la réforme du 2 février 2007*, RFDA 2008, p. 160 ; v. C.E., 24 janv. 1986, *Hodebert*, req. n° 46522, cité par O. Dupuy).

³⁸⁷ Voir partie II.

des fonctionnaires qui prévoit que « *tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées* ». Or pour les non titulaires cette obligation statutaire de servir n'a pas été reprise par le législateur qui ne l'a pas inscrite dans le statut général alors que cela aurait pu se faire facilement par un simple ajout à l'article 28 de la mention des personnes visées par l'article 25 et du dispositif qui les identifie. Le libellé aurait pu être formulé ainsi : « *Tout fonctionnaire et agent non titulaire de droit public, quel que soit le dispositif qui l'identifie*³⁸⁸, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées ».

Cet oubli est pour nous regrettable car à vouloir prendre en compte l'évolution jurisprudentielle pour ce qui concerne l'obligation d'exclusivité en ne retenant pas l'obligation de servir, en ne l'associant pas à elle, c'est faire peu de cas des non titulaires et de leur nouvelle situation statutaire. Cela ne revient-il pas à considérer qu'il y aurait une obligation de moindre intensité selon que l'on soit fonctionnaire ou agent non titulaire de droit public ? Qu'il y aurait d'un côté les fonctionnaires sur lesquels pèse une obligation de servir et d'un autre ceux qui en seraient dispensés ? D'autant, que là aussi, la jurisprudence a depuis longtemps considéré qu'il n'y avait pas lieu de faire de distinction, que la responsabilisation des fonctions s'imposait de la même manière que l'on soit fonctionnaire ou non titulaire en considération de la nécessité d'assurer la bonne marche du service public³⁸⁹.

³⁸⁸ *Statut ou contrat*.

³⁸⁹ C.E. (A), 9 déc. 1966, *Queinnac*, req. n° 59687, rec. 1966, p. 698, pour un fonctionnaire ; C.E., 24 fév. 1989, *Mlle Tocny*, req. n° 818878, pour une infirmière contractuelle.

De ces arrêts il ressort que l'obligation de servir est une obligation générale qui s'applique sans distinction du dispositif qui identifie l'agent (voir en ce sens le premier chapitre où nous avons dit que le juge, en raison du caractère exclusif du statut, a unifié les situations de l'ensemble des personnels aux contraintes statutaires, voir supra pp. 44-49).

SECTION II

LE DÉSINTÉRESSEMENT PAR L'INTERDIT

L'article 25-I, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1983, tel que modifié par la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, énumère les activités prohibées sans qu'il soit besoin de se reporter à un décret comme c'était le cas auparavant, avec le décret-loi de 1936. Cette meilleure lisibilité, qui indéniablement renforce la portée de l'obligation d'exclusivité, d'autant qu'elle concerne les fonctionnaires et les agents non titulaires de droit public, s'accompagne d'un champ des activités prohibées élargi.

L'article 25, dans sa nouvelle formulation, interdit, quand bien même elles seraient exercées à but non lucratif, les trois catégories d'activités privées suivantes :

1° La participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts ;

2° Le fait de donner des consultations, de procéder à des expertises et plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ;

3° La prise, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance.

A cette classification tripartite nous avons préféré une autre présentation des prohibitions, plus lisible, qui distingue les interdictions des activités qui ne se font pas au profit d'une personne publique (§1) de celles qui pourraient se faire au profit de l'agent (§2).

§1.- L'interdiction des activités qui ne se font pas au profit d'une personne publique

L'article 25-I, alinéa 2, 2° interdit à tout agent public « *de donner des consultations, de procéder à des expertises et de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique* ». En reprenant cette catégorie d'interdictions, énoncée précédemment à l'article 3, alinéa 4 et 5, du décret du 29 octobre 1936, le législateur a voulu conserver le principe qui interdit qu'un agent public puisse, par l'exercice d'une activité secondaire, s'opposer à son administration.

Pour nous, à cette catégorie de prohibitions s'appliquerait une fonction protectrice pour les interdictions relatives aux consultations et expertises **(A)** et une fonction conservatrice pour celle relative à l'interdiction de plaider **(B)**.

A. La préservation de l'intérêt du service par l'interdiction de donner des consultations et des expertises

A travers l'incompatibilité de donner des consultations ou de procéder à des expertises qui ne seraient pas au profit d'une personne publique, s'applique, selon nous, une fonction protectrice où transparaît la primauté de l'intérêt du service et l'obligation de réserve qui s'y rattache. A titre d'exemple, comment une personne publique pourrait-elle accepter qu'à l'occasion d'une consultation ou d'une expertise un agent public puisse exprimer une analyse en contradiction avec son administration ? On imagine mal qu'un agent public en poste au ministère de la Défense, par exemple, tienne une conférence rémunérée *critique* sur une intervention des forces françaises sur un théâtre d'opération à l'étranger. Ou, encore qu'un magistrat rédige une note à un chef d'entreprise sur la notion d'abus de biens sociaux afin d'échapper à une incrimination, ou qu'un agent du fisc lui permette une optimisation fiscale.

Toutefois, au-delà de ces débordements, qui tiennent plus du non respect de l'obligation de réserve, mais que la prohibition de l'article 25 permet d'éviter plus fortement, la protection de l'intérêt de service dans les consultations et les expertises

extérieures peut aussi être trouvée, plus particulièrement, pour tout ce qui touche les activités de recherches. Bien que la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique s'inscrive dans le prolongement de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 relative à l'innovation et à la recherche qui tend à dresser des ponts entre le secteur public et le secteur privé, elle n'en oublie pas de l'inscrire dans le régime de l'autorisation. Par la réserve que l'activité soit au « *profit d'une personne publique* » le législateur permet à l'administration d'assurer, selon nous, un triple contrôle : une valorisation des travaux dans l'intérêt du service, que les moyens mis à la disposition de l'agent public soient utilisés dans ce seul but, et enfin, que l'intérêt que l'agent en retire soit en rapport avec le service.

Les termes du conflit sont simples en ce qui concerne le contrôle de la valorisation des travaux et de celui des moyens mis à la disposition de l'agent : il est interdit à tout agent de rompre son obligation de loyauté qui ne cesse pas en raison des liens distendus avec son administration d'origine et de l'entrelacement des intérêts public-privé, car continuent de peser sur lui les obligations propres à son statut ou à son contrat, pour les non titulaires. S'agissant du contrôle de l'intérêt que pourrait retirer l'agent public de l'activité accessoire, il peut s'avérer plus complexe, selon nous. Nous pensons au risque d'écrémage qui peut exister, surtout si cette activité présente un intérêt financier supérieur au traitement public, dans des proportions telles que l'activité privée prend le pas sur l'activité de service public, jusqu'à rendre cette dernière secondaire. L'exemple qui nous vient serait celui d'un fonctionnaire-Professeur de médecine qui obtiendrait l'autorisation de recevoir une clientèle privée à l'hôpital et qui profiterait de cet avantage pour favoriser celle-ci, et/ou pratiquer des honoraires excessifs qui seraient sans rapport avec ceux pratiqués par ses confrères. On le voit, le risque existe, même s'il faut relativiser cette hypothèse à des comportements individuels qu'aucun dispositif n'écartera.

B. Le maintien de l'unité du service par l'interdiction de plaider

A travers l'incompatibilité pour tout agent public « *de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique* », s'applique, selon nous, une fonction plus conservatrice que protectrice, car il s'agit avant tout de maintenir l'unité de l'administration. D'autant plus si le litige concerne une administration à laquelle l'agent public appartient où, indéniablement, le trouble serait manifeste en ce que nécessairement des services et des personnes seraient mises en causes.

Sur les conséquences de la violation de l'article 25-I, alinéa 2, 2°, pour ce qui concerne les plaidoiries, il est à noter qu'elle ne rendra pas nulle de droit la décision rendue, n'affectera pas l'action engagée, pour celui qui aurait eu gain de cause, qu'elle ait été portée devant la juridiction civile³⁹⁰ ou devant la juridiction administrative³⁹¹, mais pourra emporter des conséquences pour l'agent public-avocat. Cette incompatibilité est si forte qu'au-delà de la sanction disciplinaire qu'il encourt, le fait qu'il obtienne gain de cause pour son client ne lui garantit pas que le juge lui reconnaisse la possibilité d'être rémunéré pour son travail. En effet, en vertu de l'article L. 8-1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le juge peut décider, pour des raisons qui tiennent à l'éthique de la situation³⁹², que la condamnation aux frais de défense représente des frais irrépétibles, c'est-à-dire qui ne peuvent être compris dans les dépens³⁹³. Ainsi il a été considéré, pour le Conseil d'État, qu'un Professeur de droit ne peut plaider ni contre l'administration fiscale³⁹⁴, ni en

³⁹⁰ TGI, 5 mars 1986.

³⁹¹ CE 6 novembre 1992, *Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget c/ SCI Les Hameaux de Perrin*.

³⁹² *En vertu de l'article L. 8-1 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel « dans toutes les instances devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y aura pas lieu à cette condamnation ».*

³⁹³ T.A, Lille, 22 juin 1999 n° 97-2463, AJFP 2000, p. 50.

³⁹⁴ CE 6 novembre 1992, *Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget c/ SCI Les Hameaux de Perrin*, préc., AJDA 1992, p. 836, chron. C. Maugué et R. Schwartz : *Un membre de l'enseignement autorisé à exercer les fonctions d'avocat ne peut plaider en justice contre l'Etat*.

matière pénale s'agissant d'infractions qui « *portent directement atteinte au patrimoine e à l'autorité de la puissance publique* »³⁹⁵.

§2.- L'interdiction des activités qui se font au profit de l'agent

L'article 25, alinéa 2, dans ses dispositions 3°) et 1°) s'attache à viser des prohibitions différentes. Alors que l'article 25, alinéa 2, 3°) s'attache à interdire tout intérêt de l'agent qui pourrait compromettre l'indépendance de l'agent (A) ; l'article 25, alinéa 2, 1°) admet, par une lecture a contrario, que l'agent puisse utiliser sa compétence en dehors des murs, à condition qu'il le fasse par désintérêt (B).

A. L'interdiction des intérêts qui font conflit

L'article 25-I, alinéa 2, 3°) interdit à tout agent public « *la prise, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance* ».

Cette liaison entre absence "d'intérêts" qui peuvent faire conflits et sauvegarde d'une "indépendance" se retrouve dans tous les statuts depuis 1946³⁹⁶. Aussi, la question qui se pose est de savoir si la notion d'intérêt « *à la fois vaste et imprécise* »³⁹⁷, dont le droit de la fonction publique à l'image du « *droit positif, n'énonce pas de définition générale (...bien qu'il l'évoque en de nombreuses prescriptions éparses* »³⁹⁸, n'aurait-il pas pu être associé à une autre notion ? Cela n'aurait-il pas été plus pertinent de lier l'obligation d'absence d'intérêts à celle "d'impartialité" ou de "probité" ?

³⁹⁵ C.E., 6 oct. 1976, *Badinter et Bredin*, rec. p. 394, concl. Massot, cité par G. Guglielmi, *Un avocat professeur de droit ne doit pas plaider contre l'État*, AJFP 2000, p. 51.

³⁹⁶ L'article 8, alinéa 2, du statut de 1959, qui est une reprise de l'article 8 du statut de 1946, était ainsi libellé : « *Il est interdit à tout fonctionnaire, quelle que soit sa position, d'avoir, par lui-même ou par personne interposée, sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise privée soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service, des intérêts de nature à compromettre son indépendance* » (art. 8 pour la L. n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires de l'État, et, à art. 8, al. 2, pour l'ord. n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires).

³⁹⁷ Salon et Savignac, rec. 1976, p. 214, cité par É. Peuchot, *L'obligation de désintéressement des agents publics*, Thèse Lille, 1988, p. 412.

³⁹⁸ D. Schmidt, *Essai de systématisation des conflits d'intérêts*, rec. p. 446.

S'agissant de la notion "d'impartialité", nous trouvons qu'elle s'accorde mal avec la notion de conflit d'intérêts en ce qu'elle porte en elle le risque d'une possible remise en cause de toute décision qu'un agent public pourrait être amené à prendre dans le cadre de son action administrative en raison d'une conviction (religieuse, politique et pourquoi pas sectaire) ou d'une appartenance (à une institution, à un groupe, à une famille...) connue³⁹⁹.

S'agissant de la notion de "probité", en revanche, cela semble plus pertinent, d'autant que le statut comporte un rappel à la règle pénale par la mention qui y est faite à son article 25-V: « *Sans préjudice de l'application de l'article 432-12 du code pénal* » ; et, qu'ensuite, le juge administratif n'a pas hésité, dans un arrêt récent, à combiner l'article 25 du statut de 1983 et l'article 432-12 du code pénal pour caractériser un conflit d'intérêts en disant : « *Qu'il résulte de ces (deux) dispositions (...) que les agents publics ne doivent pas se trouver dans une situation telle que leur intérêt personnel puisse être, le cas échéant, en contradiction avec les intérêts de la collectivité publique dont ils doivent assurer la défense* »⁴⁰⁰.

Toutefois, pour nous, le choix du législateur est le bon, l'association avec la notion d'indépendance reste la meilleure. Plusieurs arguments plaident en ce sens. Tout d'abord, à bien y regarder, on constate que l'attendu de l'arrêt sus mentionné est une reprise mot pour mot de l'avis du Conseil d'État de 1954 : « *Les fonctionnaires ne doivent pas se trouver dans une situation telle que leur intérêt personnel puisse être, le cas échéant, en contradiction avec les intérêts de l'État ou de la collectivité publique dont ils doivent assurer la défense* »⁴⁰¹. À travers cet avis administratif, on le sait, il entendait appliquer à "la notion d'intérêt" le principe général d'indépendance⁴⁰². Enfin, comme le soutient Éric Peuchot dans sa thèse sur *L'obligation de désintéressement des*

³⁹⁹ Même si « *l'impartialité* (et l'objectivité qui lui est proche) est une valeur essentielle de la fonction publique (... que) les rôles et les responsabilités des fonctionnaires reposent sur cette valeur (il existe) une certaine incertitude quant à sa définition » (M. Furi, *L'impartialité de la fonction publique : un bilan*, rapport de la commission de la fonction publique du Canada, 2008, p. 5).

⁴⁰⁰ T. adm., Marseille, 24 janvier 2006, req. n° 0310803, AJFP 2006, p. 263.

⁴⁰¹ C.E., avis adm., 17 fév. 1954, cité par M. Carius, *Cumuls et pantouflage dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 2001, p. 69.

⁴⁰² M. Carius, *Cumuls et pantouflage dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 2001, préc. p. 69.

*agents publics*⁴⁰³, il ne pouvait pas en aller autrement, sauf à prendre le risque d'une confusion de "la notion d'intérêt" à travers la recherche d'une autre alliance : « *la loi (en) a vu la difficulté en employant l'expression "intérêts de nature à compromettre son indépendance" »*⁴⁰⁴

S'agissant des contradictions entre "intérêt" et "indépendance", elles sont nombreuses. Tout agent public doit être prévenu, qu'au-delà du risque de conflit d'intérêts réel et direct⁴⁰⁵, facilement décelable, pèse sur lui une exigence de vigilance qui lui commande de s'interroger sur tout risque de conflit potentiel⁴⁰⁶ ou indirect⁴⁰⁷ qui pourrait venir remettre en cause son indépendance.

B. L'interdiction des intérêts "non désintéressés"

L'article 25-I, alinéa 2, 1°) prohibe : « *La participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts* » (article 25-I, alinéa 2, 1°), c'est-à-dire « *la participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations* » n'ayant pas le caractère d'œuvre « *sans but lucratif qui présentent un caractère social ou philanthropique et dont la gestion est désintéressée* »⁴⁰⁸. Cette interdiction qui n'était

⁴⁰³ É. Peuchot, *L'obligation de désintéressement des agents publics*, Thèse Lille, 1988.

⁴⁰⁴ R. Martin, Sirey, lois annotées 1947, comm. sur l'art. 8 du statut de 1946, p. 668, cité par É. Peuchot, *L'obligation de désintéressement des agents publics*, préc., p. 412.

Dans notre analyse, le comm. de R. Martin sur le statut 1946 est applicable à celui de 1983 car la formule « *intérêts de nature à compromettre son indépendance* », était antérieurement admise.

⁴⁰⁵ Crim., 17 fév. 2008, pourvoi n° 0882.318. En l'espèce, un président d'université qui avait profité de ses responsabilités administratives pour recruter sa sœur en qualité de professeur associé.

⁴⁰⁶ « *Un fonctionnaire ne saurait être nommé à titre personnel et sans représenter l'État, administrateur d'une filiale d'une société nationale dont il relève, dès lors qu'il peut à un moment quelconque de sa carrière en raison notamment de son rang dans la hiérarchie être amené à participer directement ou indirectement, au contrôle de ladite société nationale ou desdites filiales* » (avis du 17 fév. 1954, cité par É. Peuchot, *L'obligation de désintéressement des agents publics*, préc., pp. 413-414).

⁴⁰⁷ C.E., 26 oct. 2001, req. n° 193306. En l'espèce, un pompier après avoir fait engager sa conjointe dans une société qui commercialise des extincteurs, lui communique différents rapports de service où sont mentionnés les coordonnées de clients à qui il avait, de son fait, dans l'exercice de ses fonctions d'officier chargé de la prévention, *recommandé* qu'ils s'approvisionnent dans le magasin où travaillait désormais son épouse.

Pour reprendre cet exemple, il est à noter que l'art. 8, al. 3, de l'ord. n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, préc., avait prévu le cas : « *Lorsque le conjoint d'un fonctionnaire exerce à titre professionnel une activité privée lucrative, déclaration doit être faite à l'administration ou service dont relève le fonctionnaire* ».

⁴⁰⁸ Art. 261, b du 1° du 7 du code général des impôts.

pas inscrite dans les textes, ni dans la loi de 1983, ni dans le décret-loi de 1936, résulte de la combinaison d'avis et d'un arrêt rendus par le Conseil d'État que le législateur a voulu intégrer dans la loi nouvelle.

Dans deux avis du 9 février 1949 et du 24 septembre 1952, le Conseil d'État avait d'abord conditionné l'autorisation pour un fonctionnaire en activité d'être membre d'un conseil d'administration d'une société à une gestion désintéressée. Cette participation n'était possible que si la société « *poursuivait un objet désintéressé ou était liée à la gestion et à la surveillance d'un patrimoine familial* »⁴⁰⁹, selon le premier avis, ou que « *les fonctions exercées n'entraînaient ni rémunération, ni avantage matériel* »⁴¹⁰, pour le second. Dans un dernier avis du 20 juillet 1955, il ajoutait au désintéressement la condition que « *la société poursuive un but non lucratif* »⁴¹¹, ce qui pouvait viser des sociétés d'études ou de recherches tant que ces dernières ne passaient pas au stade d'exploitation, par exemple⁴¹². Ces avis seront confirmés au contentieux par la suite avec l'arrêt *Ministre de l'Éducation nationale contre Mme Guichard* du 15 décembre 2000⁴¹³ où le juge, en confirmant le refus d'accorder une autorisation de gestion d'une société, précisa que le champ d'application de l'interdiction ne pouvait se limiter au respect d'une seule des deux conditions émises dans ces avis, qu'elles étaient nécessairement cumulatives⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ C.E., avis, 9 fév. 1949, n° 245963, cité par Rapport du Conseil d'État au Premier Ministre sur *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, 1999, p. 23

⁴¹⁰ C.E., avis, 24 septembre 1952, n° 257734, cité par Rapport du Conseil d'État au Premier Ministre sur *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, 1999, p. 23.

⁴¹¹ C.E., avis, 20 juil. 1955, cité par M. Carius, *Cumuls et agents publics*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 222 », 2002, p. 64.

⁴¹² L'avis du 20 juil. 1955 reposait sur l'application de la loi du 16 nov. 1940 qui prévoyait ces deux exclusions (JORF 17 nov., p. 5829 ; bulletin de statistique et de législation comparée, vol. 128, imprimerie nat., p.975).

⁴¹³ C.E.15 déc. 2000, Min. de l'Éducation nat. c/ Guichard, req. n° 148080.

⁴¹⁴ Ainsi, en l'espèce, si le fonctionnaire respectait bien la première condition d'une gestion désintéressée, puisqu'il s'agissait de remplacer un conjoint rendu indisponible pour l'administration d'un patrimoine familial (en l'espèce un hôtel), il ne souscrivait pas à la seconde condition dans la mesure où la société poursuivait une activité à but lucratif

Conclusion chapitre I

Au souci de préserver l'administration de tout intérêt privé de l'agent public qui serait en contradiction avec l'intérêt public, le dispositif normatif voulu par le législateur, on l'a vu, s'est fait à travers des obligations professionnelles élémentaires : obligation de se consacrer intégralement à sa fonction administrative et interdiction de cumuler une autre activité qui serait incompatible avec elle. Reste qu'à ces devoirs d'*état* un point n'a pas été abordé, celui qui pousse un agent public à rechercher ailleurs un complément de revenu. Doit-on y voir une différence de revenus entre le secteur public et le secteur privé qui influencerait sur la motivation des personnels publics de se consacrer uniquement à leur fonction ? Si cet argument nous semblait être la réponse que nous voulions apporter en conclusion de ce chapitre, il se heurte à la réalité statistique qui dit le contraire. Selon l'INSEE, en 2010, le salaire annuel net moyen en équivalent temps plein était de 25. 020 euros dans le secteur privé, alors qu'il était globalement supérieur dans la fonction publique : 29. 110 euros pour la fonction publique de l'État et 26. 200 pour la fonction publique hospitalière⁴¹⁵. Aussi, même si l'aspect économique existe, aujourd'hui plus qu'hier⁴¹⁶, d'autres explications peuvent également être avancées, comme par exemple, une attente professionnelle déçue poussant à chercher ailleurs des "responsabilités".

⁴¹⁵ Seule la FPT semble moins bien lotie avec 21. 550 euros. Cette différence s'explique en raison d'un nombre moins important de cadre dans cette FP qui fait baisser la moyenne statistique.

⁴¹⁶ Entre 2009 et 2014, le pouvoir d'achat annuel par français a perdu 4%, soit une moyenne de 1.500 euros (v. étude faite par le journal "60 millions de consommateurs" d'après les indices statistiques INSEE, commentée par le journal le Monde, 24 sept. 2014).

CHAPITRE II

L'INCIDENCE DES FONCTIONS EN MARGE DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE

*« Les vertus se perdent dans l'intérêt,
comme les fleuves se perdent dans la mer »⁴¹⁷.*

L'obligation de non-cumul a une portée "exorbitante" car l'interdiction de cumul ne s'exerce pas, comme nous venons de l'étudier, que de manière simultanée (cumul réel), mais aussi consécutivement à l'emploi public. Au-delà de l'activité publique, l'obligation de désintéressement se poursuit. Le fait qu'un agent quitte ses fonctions, quelle que soit la cause de la cessation, ne le libère pas pour autant de toute obligation. Il ne doit pas rechercher dans ce "refugium peccatorum"⁴¹⁸ un moyen d'échapper à ses obligations, qui demeurent. Lorsqu'il s'éloigne définitivement de son administration, il doit se garder de vouloir tirer profits de ses anciennes fonctions en restant fidèle à l'engagement de loyauté qu'il a conclu en entrant dans l'emploi public (**section 1**). En ce sens, l'obligation de désintéressement qui s'applique successivement à l'exercice des fonctions rejoint les incompatibilités fonctionnelles qu'on peut qualifier "d'incompatibilité de fait" ou "d'incompatibilité de situation", liées à la contrainte morale que nous avons étudiée dans le chapitre II du Titre précédent, sous son aspect conceptuel. Dans son aspect fonctionnel, nous nous attacherons à mettre en évidence ses manifestations concrètes pour les inscrire dans les principes qui ont pris forme (**section 2**).

⁴¹⁷ La Rochefoucauld, *Réflexions ou sentences et maximes morales*, 171(M.), 1664, éd. Garnier frères, 1961.

⁴¹⁸ "Refuge du pêcheur".

SECTION 1

LES INCOMPATIBILITÉS DES INTÉRÊTS QUI FONT CONFLITS

La désapprobation de ceux qui renoncent à une carrière dans le secteur public a toujours suscité une critique appuyée. On continue d'accoler à cette pratique un vocabulaire propre et peu glorieux, selon une terminologie usitée par l'École polytechnique⁴¹⁹ depuis les années 1880⁴²⁰, où le terme de "pantoufleur" désigne ceux qui à la fin de leurs scolarités préfèrent l'emploi dans le secteur privé à "la carrière des armes"⁴²¹.

Cette liberté de renoncer à l'exercice de toute fonction subit, contrairement au secteur privé (exception faite des clauses de non concurrence), de nombreuses restrictions et incompatibilités. Nous nous proposons d'aborder successivement celles apportées à la liberté de partir travailler dans le secteur privé (§1) et de se présenter à une élection (§2).

§1.- Les restrictions à la liberté de partir travailler dans le secteur privé

Le fait qu'un agent public décide de cesser provisoirement ou définitivement ses fonctions, que cela soit de son fait ou non⁴²², ne le libère pas autant de ses devoirs, car l'obligation de désintéressement continue de produire effet. Le souci de moralisation, d'indépendance et de neutralité de la fonction publique a conduit, là aussi, à la mise en place de règles destinées à éviter tout risque de conflit d'intérêts. Et si la séparation de

⁴¹⁹ Le vocabulaire tournant autour du "pantouflage" ("pantoufle", "pantoufleur"...) nous vient, selon le journal *Le Gaulois*, d'un différend qui opposa Théophile Gautier aux élèves de l'École polytechnique qu'il avait qualifié « *d'embryons d'immortalité* ». S'en suivit une rencontre chez le poète où ils furent moins désappointés par son esprit, qui ne devait pas lui manquer, que de son accueil en pantoufle. À leur retour les conscrits eurent cette phrase à son adresse : « *Il n'y a rien à faire avec ce pantouflard !* » (Scène non datée, rapportée par le Journal *Le Gaulois*, 1894).

⁴²⁰ D. Chagnollaud, *Le premier des ordres : les hauts fonctionnaires (XVIIIe-XXe siècle)*, Revue française de science politique, 1992, vol. 42, n°1, p.138.

⁴²¹ « *La botte désignant les carrières civiles, il était tout naturel que la pantoufle caractérisât le renoncement à toute carrière de l'Etat, c'est-à-dire la démission. Donner sa démission, pantoufler, c'est entrer dans la pantoufle ; l'élève démissionnaire est un pantouflard* » (A. Lévy, G. Pinet, *L'argot de l'X : 150 ans de la vie à l'école polytechnique*, éd. Layet, 1981, p. 218).

⁴²² Fonctionnaire suspendu de ses fonctions administratives.

corps a été prononcée, l'agent public, titulaire ou non, doit rester "Loyal"⁴²³ ; « *au désarroi de la séparation ne doit pas succéder celui de la trahison, d'autant qu'à un édifice statutaire soucieux de préserver la personne publique s'ajoute la norme pénale* »⁴²⁴ (B). Mais avant d'aborder ce point remarquons tout de suite la variété du phénomène du pantouflage (A).

A. Les variétés de pantouflage

Dans son sens moderne le terme de pantouflage s'est diffusé à toute la fonction publique, qu'elle soit militaire ou civile, et correspond, désormais, à tous les états d'avancement de la carrière. Sur ce dernier point, Christian Charle dans son étude sur le pantouflage entre 1880 et 1980⁴²⁵ en distingue trois : « *le pantouflage de début de carrière ; le pantouflage de milieu de carrière et le pantouflage de retraite* »⁴²⁶.

Celui de début de carrière en serait « *à peine un* », selon Christian Charle, dans la mesure où « *la carrière administrative avortée serait une sorte de prolongement du cursus universitaire, une préparation aux affaires* »⁴²⁷. Ce pantouflage ne peut être retenu dans le cadre de notre étude dans la mesure où il ne peut y avoir de conflit d'intérêt là où il n'y a pas eu fonction, ou si peu pour que se développe une "relation intéressée". Toutefois, un commentaire s'impose à nous sur le terrain des principes, sur la distorsion qui existe entre les idées qui ont présidé à la création des Hautes Écoles de la République et la pratique du pantouflage.

Que cela soit l'École Polytechnique, L'École Navale, l'École normale supérieure ou l'ÉNA, pour ne citer qu'elles, elles n'ont jamais eu pour ambition de former des "hommes d'affaires", pour reprendre la définition de Christian Charle, mais des serviteurs de l'État. L'article premier de la loi du 15 juillet 1970, codifié sous l'article L

⁴²³ « *Étymologiquement le terme de loyauté renvoi à la figure de la loi (loyauté, du latin *Legalis*) et dont le sens est celui de la **fidélité aux engagements*** », Dictionnaire universel, Larousse, 1923.

⁴²⁴ Réponse du Commissaire Général Xavier Rouby, ancien Directeur des statuts et des pensions, min. de la Défense.

⁴²⁵ C. Charle, *Le pantouflage en France (vers 1880-vers 1980)*, in *Annales ESC (Économies. Sociétés. Civilisations)*, n° 5, 1987, pp. 1115-1137.

⁴²⁶ *Ibid*, p. 1122.

⁴²⁷ *Ibid*, p. 1122.

675-1 du code de l'éducation, ne dispose-t-il pas, à son premier alinéa, que « *l'École Polytechnique a pour mission de donner à ses élèves une culture scientifique et générale les rendant aptes à occuper, après formation spécialisée, des emplois de haute qualification ou de responsabilité à caractère scientifique, technique ou économique, dans les corps civils et militaires de l'État et dans les services publics et, de façon plus générale, dans l'ensemble des activités de la nation* » ? De même, Charles de Gaulle quand crée l'ÉNA en 1945, ne le fait-il pas dans l'intention d'en faire le fer de lance d'une politique de reconstruction ? Ne voit-il pas en ces hauts fonctionnaires de l'État de dignes serviteurs de l'intérêt général lorsqu'il dit : « *Quant à vous, Messieurs, vous ressemblez étonnamment à ceux qui vous ont précédés, en ce sens que vous êtes, comme eux, des hommes appelés par votre vocation et vos capacités à exercer la fonction la plus importante et la plus noble qui soit dans l'ordre temporel, je veux dire : le service de l'État* »⁴²⁸ ?

Cette désaffection à se lancer dans la *vie administrative* correspond à plusieurs facteurs : l'aspect financier, « *le moindre attrait des tâches offertes aux fonctionnaires* »⁴²⁹, un champ des possibles concernant "La Carrière" restreint selon son rang de sortie...

A cela s'ajoute, très certainement, celui qui tient au fait que la "pantoufle" (qui correspond à 2 ans de traitement si l'obligation décennale de service n'est pas accomplie dans les 15 ans) « *n'est presque jamais payé intégralement* »⁴³⁰, lorsqu'elle l'est. Cette inefficacité de la personne publique à faire respecter l'obligation de remboursement des frais de scolarité engagés s'explique par une légalité peu soucieuse de son respect par celui qui en a la maîtrise, c'est-à-dire le gouvernement. Les mots sont sévères mais ils recouvrent une réalité. En ce sens, la lecture du rapport d'information de 2014 de

⁴²⁸ Discours de Charles de Gaulle prononcé devant les élèves de l'ÉNA, le 17 nov. 1959, rapporté par A. Teyssier, *Le général de Gaulle et la création de l'ÉNA*, Revue Espoir n° 103, 1995.

⁴²⁹ « *L'influence de la déréglementation, de la décentralisation et de la construction européenne, la perte de prestige des valeurs collectives, un certain archaïsme dans le fonctionnement de l'administration, la prise en compte de critères étrangers au seul mérite professionnel dans les nominations et les promotions, le poids croissant des cabinets ministériels constituent autant de facteurs qui expliquent le moindre attrait des tâches offertes aux fonctionnaires* » (rapport n° 656 de Jean Rosselot de 1993 relatif à certaines modalités de nomination dans la FPE, p. 11 cité par Y.-M. Doublet, *Nominations au tour extérieur et « pantouflage » dans la haute fonction publique*, RFDA 1995, p. 716).

⁴³⁰ L. Rouban, *La fonction publique*, La Découverte, 3ème éd., 2009, préc., p. 65.

l'Assemblée Nationale relatif à l'École polytechnique⁴³¹ nous en offre un exemple saisissant. Dans ce rapport, le député Cornut-Gentille met en exergue les avantages consentis par la réforme "X 2000"⁴³² qui **a permis** aux conscrits n'intégrant pas les grands corps de la fonction publique d'État à la fin de leur cursus, de ne pas être soumis à l'obligation de remboursement des frais de scolarité, contrairement à ceux qui s'y engagent. Cette situation « *indue* » et « *inéquitable* » des premiers sur les seconds, selon les termes d'un référé de la Cour des Comptes de 2012⁴³³, est déplorable à plus d'un titre puisqu'elle a engendré une chute des recrutements dans les grands corps dans des proportions jamais observées jusque là⁴³⁴ (jusqu'à 44% de postes non pourvus en 2003), et, par voie de conséquence, une baisse tout aussi spectaculaire des avis de remboursement (alors qu'entre 1975 et 2000 leurs nombres étaient compris dans une fourchette allant de 17 à 51, selon les promotions, depuis 2000, année de la réforme, ils se situent entre 0 et 6⁴³⁵).

Si l'on ajoute à cette situation peu défendable que la "pantoufle", lorsqu'elle est exigée, est calculée sur le traitement qu'aurait perçu le conscrit en tant que fonctionnaire et non sur le salaire qu'il va toucher dans le secteur privé, qui n'est pas le même ; que ces deux années de traitement sont bien souvent payées par l'entreprise "d'accueil", et qu'enfin, les années d'études sont prises en compte dans le calcul des annuités donnant droit à la retraite, ce qui n'est pas rien, il est certain qu'une réforme s'impose. En ce sens, il ne serait, selon nous, pas excessif de considérer qu'une nouvelle obligation de désintéressement spécifique puisse trouver à s'appliquer. Il nous paraît anormal que seuls les agents publics ayant exercé des fonctions (sur lesquelles nous reviendrons plus bas) soient les seuls à être soumis à des restrictions sur la liberté de partir travailler dans le privé. L'interdiction d'exercer dans le secteur privé pourrait se faire sur la base d'une

⁴³¹ Rapport d'information de l'AN n° 2232 de F. Cornut-Gentille relatif à l'École polytechnique, sept. 2014.

⁴³² Issue du D. n° 2000-900 du 14 septembre 2000 fixant certaines dispositions d'ordre statutaire applicables aux élèves français de l'École polytechnique, JORF n°216, 17 sept., p. 14582.

⁴³³ Référé n° 62416 sur la gestion de l'École polytechnique, 17 fév. 2012, p. 4, consultable sur le site de la Cour des Comptes ; cité également par le rapport d'information de M. Cornut-Gentille, préc. p. 22.

⁴³⁴ Pour s'en convaincre on reprendra le tableau du rapport de Mr Cornut-Gentille (préc., p. 21), et on se reportera à la colonne « *places offertes dans les corps* » pour la comparer à celle des « *places attribuées dans (ces mêmes) corps* ».

⁴³⁵ Voir tableau du rapport d'information de l'AN n° 2232 de F. Cornut-Gentille relatif à l'École polytechnique, sept. 2014, préc., p. 21.

compétence acquise au préjudice de l'État, dans la mesure où l'on n'est pas dans le cadre d'un enseignement général dispensé au bénéfice de la société civile, comme peut l'être celui qui se fait pour un avocat ou un pharmacien, mais dans celui d'une spécialisation appliquée à la gestion d'une administration civile ou militaire.

D'autant qu'il convient de souligner ce point important, et là on rejoint le second type de pantouflage, « *le pantouflage de milieu de carrière* » (qui serait « *le véritable pantouflage* », selon Christian Charle⁴³⁶), que cela représente pour l'administration une réelle perte de compétence. Car même si les compétences ne sont pas comparables entre ceux qui pantoufflent à la sortie de l'école et ceux qui le font après, puisque l'on doit ajouter à la formation initiale des premiers l'expérience des seconds, qui les distinguent, l'effet négatif du départ étant le même. Cela n'est pas sans conséquence, par exemple, sur les discussions qui peuvent se faire dans le cadre des négociations public-privé où les compétences scientifiques, techniques et juridiques manquent, comme le fait remarquer un rapport récent : « *des problèmes sont posés par la fréquente insuffisance des compétences appropriées au sein de la personne publique (... face à) des grands groupes disposant de l'appui de plusieurs conseils* »⁴³⁷. D'autant que les départs du secteur public ne sont compensés par des arrivées du privé⁴³⁸.

Enfin, s'agissant du dernier pantouflage, « *le pantouflage de retraite* », Christian Charle l'analysait comme « *une retraite dorée, un complément de retraite ou une retraite anticipée* »⁴³⁹. De ce pantouflage, il résulte au niveau des intérêts qui font conflits, que l'agent, du fait de sa sortie de l'administration, n'est plus soumis au régime

⁴³⁶ C. Charle, *Le pantouflage en France (vers 1880-vers 1980)*, in annales ESC (Économies. Sociétés. Civilisations), n° 5, 1987, préc., p. 1122.

⁴³⁷ Rapport d'information n° 733, du Sénat, de MM. J.-P. Sueur et H. Portelli, 16 juillet 2014.

Cela se vérifie aussi bien sur le plan technique (où l'absence d'expertise sérieuse sur la faisabilité et le coût réel des travaux des ouvrages publics se vérifie toujours), que juridique (voir en ce sens, M. Collet, Chronique de droit administratif et finances publiques, RFDA 2014, p. 1015 : « *la complexité croissante des instruments juridiques mis à la disposition des collectivités publiques nécessite une nouvelle culture contractuelle* » ; ce qui est une façon aimable de dire que les compétences sont absentes).

⁴³⁸ Voir en ce sens l'analyse de M.-C. Kessler de 1994, qui se vérifie toujours : « *La France est le seul pays du monde dans lequel cette émigration des fonctionnaires vers les affaires existe dans des proportions importantes. De plus, le mouvement inverse n'existe pas : des hommes du "privé" ne viennent pas en nombre significatif dans le "public"* (M.-C. Kessler, *Fonction publique et secteur concurrentiel*, AJDA 1994, p. 436).

⁴³⁹ C. Charle, *Le pantouflage en France (vers 1880-vers 1980)*, in annales ESC (Économies. Sociétés. Civilisations), n° 5, 1987, préc., p. 1122.

disciplinaire⁴⁴⁰. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'aucune mesure ne puisse être prise à son encontre. La situation personnelle de l'intéressé peut être modifiée en cas de non-respect des règles relatives au non-cumul d'une pension avec une autre activité.

Sa pension peut être suspendue car la suspension constitue « *une mesure particulière, indépendante des sanctions prononcées sur le plan disciplinaire* »⁴⁴¹. C'est même le dernier cas où cette mesure particulière est encore possible depuis la suppression des autres hypothèses où elle était retenue : par exemple, en cas de « *condamnation à une peine afflictive ou infamante pendant la durée de la peine* », ou de « *perte de la nationalité française durant la privation de cette qualité* » selon l'ancien article 58 du code des pensions civiles et militaires abrogé par une loi de 2003⁴⁴².

Ensuite, comme il a été considéré que le retrait de l'honorariat pouvait « *être prononcé pour des motifs tirés du comportement (de l'agent public⁴⁴³) depuis son admission à la retraite* »⁴⁴⁴, à n'en pas douter un cumul illégal pourrait être considéré comme un comportement incompatible avec son maintien. D'autant qu'il convient de rappeler ce fait que l'honorariat, comme l'éméritat pour les Professeurs d'université, est une reconnaissance des services publics accomplis⁴⁴⁵ et non un droit ou une conséquence du départ à la retraite. Cela se mérite et s'honore dans le temps. C'est la raison pour laquelle il n'a jamais été considéré comme une sanction disciplinaire⁴⁴⁶, bien qu'en toute objectivité il fasse grief à celui qui en est privé.

Après ce panorama sur les différents types de pantouflage, il convient d'aborder les restrictions à la liberté de travailler dans le secteur privé qui ne seraient pas compatibles avec les anciennes fonctions précédemment occupées dans le secteur public.

⁴⁴⁰ Voir les avis du C.E. du 5 août 1986, EDCE 1987 n°3 p.177 et du 6 janvier 1994 EDCE 1995 n°46 p.349.

⁴⁴¹ C.E. (S), 8 juin 1973, *Sieur Aït Kaci Amar*, n° 82536, rec. p. 412. Selon cet arrêt la suspension au droit à une pension ne serait revêtir le caractère d'une mesure disciplinaire.

⁴⁴² L. n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites.

⁴⁴³ En l'espèce, un magistrat.

⁴⁴⁴ C.E., 25 juin 2003, n° 236090.

⁴⁴⁵ A condition d'avoir accompli au moins vingt ans de services publics (ex. pour la FPT, art. 94 de la L. n° 84-53 du 26 janv. 1984 portant dispositions statutaires).

⁴⁴⁶ C.E., 26 oct. 2005, n° 278224.

B. Les activités privées incompatibles

Dans le chapitre précédent nous avons vu que les situations conflictuelles de nature à compromettre l'indépendance des fonctions étaient interdites par le statut et qu'elles pouvaient, le cas échéant, être réprimées pénalement (article 432-12 du code pénal). Cela vaut aussi pour ceux qui ont quitté leurs fonctions. Cette prise en compte du "pantouflage" comme délit d'ingérence remonte à la loi du 6 octobre 1919 qui compléta l'article 175 de l'ancien code pénal sanctionnant déjà les intérêts incompatibles en cours de fonction.

Devenue entretemps prise illégale d'intérêt, l'infraction s'est retrouvée à l'article 432-13 et a connu de nombreuses modifications jusqu'à la dernière issue de la loi du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique⁴⁴⁷, qui lui donne, pour les agents publics, le contenu suivant :

« Est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne ayant été chargée, en tant (... que) fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, 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 trois ans suivant la cessation de ces fonctions.

Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de

⁴⁴⁷ Art. 28 de la L. n° 2013-907 du 11 oct. 2013.

droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées au premier alinéa.

Pour l'application des deux premiers alinéas, 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 publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % 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 à France Télécom.

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

On le constate, l'article 432-13 dans sa nouvelle rédaction ne s'est pas contenté d'aggraver les peines encourues qui passent de 30. 000 € à « 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction » (alinéa 1^{er}) ; il s'est voulu aussi plus restrictif sur les agents publics concernés⁴⁴⁸. On est loin de l'article 175-1 de l'ancien code pénal qui utilisait des termes généraux : « *tout fonctionnaire, tout agent public ou préposé d'une administration* » ou de l'article 432-13 dans version précédente, telle que modifiée par la loi du 2 février 2007, qui retenait pour agent public : le « *fonctionnaire ou agent d'une administration publique* ».

Désormais, sont aussi pris en compte les agents publics sous contrat de droit privé puisque la loi vise expressément les agents des établissements et entreprises publics ou des sociétés d'économie mixte (alinéa 4⁴⁴⁹). Deux interprétations sur cette extension des personnels concernés sont possibles : soit une volonté du législateur de

⁴⁴⁸ Pour rappel, le nouveau dispositif répondait au scandale provoqué par "l'affaire Cahuzac", il ne visait pas en première intention les agents publics mais les membres du gouvernement et les titulaires d'une fonction exécutive locale. Nous écarterons du champ de notre étude ces personnels publics car bien qu'ils participent à l'action administrative ils ne peuvent être considérés comme des fonctionnaires ou des agents publics.

⁴⁴⁹ Les « *dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % 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 à France Télécom* » (art. 432-13, al. 4).

circonscrire le champ d'application de l'infraction de prise illégale d'intérêts, soit une prise en compte par lui de l'interprétation extensive de la jurisprudence qui retenait déjà ces personnes dans la répression. S'agissant de la première hypothèse, faute de jurisprudence, depuis la loi du 11 octobre 2013, qui puisse nous éclairer, nous ne pouvons dire qu'elle sera la position de la chambre criminelle. Voudra-t-elle prendre en compte l'évolution de la loi dans un sens plus favorable pour ceux qui seraient désormais mis en cause ? Nous ne le pensons pas. Raisonnablement, nous pouvons supposer que la répression continuera de s'organiser, d'une part, autour de l'intérêt public à protéger, et d'autre part, autour de la formule « *fonctionnaire ou agent d'une administration publique* » de l'alinéa 1 de l'article 432-13, qui permet de mettre en cause tout agent en charge d'une mission publique, à quelque degré que ce soit, ce qui inclut, selon nous, ceux qui auraient été oubliés par le législateur. D'autant que, comme nous l'avons dit précédemment, les juridictions judiciaires, contrairement aux juridictions administratives, n'ont jamais opté pour une rationalisation de l'identité normative des agents publics lorsqu'il s'agissait d'apporter une réponse pénale⁴⁵⁰.

Les incompatibilités des activités dans le secteur privé avec les anciennes fonctions précédemment occupées dans le secteur public répondent également à 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 qui, dans sa nouvelle formulation, vise :

- Le fonctionnaire, quelque soit sa fonction publique (civile ou militaire), qu'il soit en cessation définitive de fonctions (démission ou mise à la retraite) ou en cessation temporaire (disponibilité, détachement, hors cadre, mise à disposition⁴⁵¹) ;
- L'agent public non titulaire mentionné aux 2° et 6° de la loi sus mentionnée, c'est-à-dire : les agents non titulaires de droit public employés par l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public, les membres d'un cabinet ministériel, les agents contractuels de

⁴⁵⁰ Voir supra p. 33.

⁴⁵¹ S'ajoute à cela l'exclusion temporaire que nous avons traitée précédemment.

droit public ou de droit privé des établissements mentionnés aux articles L. 1142-22, L. 1222-1, L. 1313-1, L. 1413-2, L. 1418-1 et L. 5311-1 du code de la santé, les agents contractuels de droit public ou de droit privé d'une autorité administrative indépendante.

On le constate : la différence dans la loi du 29 janvier de 1993, par rapport au texte pénal, tient uniquement aux agents sous contrat de droit privé, puisque seuls sont concernés ceux travaillant dans la fonction publique hospitalière ou pour une autorité administrative indépendante.

Pour ce qui est de la nature des activités privées interdites, les restrictions sont les mêmes. Aux termes de l'article 432-13 du code pénal et de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, les agents mentionnés dans ces articles ne peuvent, avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de leurs fonctions, exercer une activité lucrative dans une entreprise privée où ils auraient été, de manière effective, chargés :

- soit d'assurer sa surveillance ou son contrôle,
- soit de conclure des contrats de toute nature avec elle ou de formuler des avis sur de tels contrats,
- soit, encore, de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par elle ou de formuler un avis sur de telles décisions.

Sur ces fonctions exercées préalablement au départ, on retiendra que le champ d'application de la contrainte pénale et de la réglementation préventive se veut à la fois **souple et restrictive**, selon nous.

Elle est **souple** sur la notion "d'entreprise privée" puisqu'elle se fait sans distinction, que l'entreprise soit privée ou publique, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 432-13 du code pénal ou de l'alinéa 5 de l'article 87-I de la loi du 29 janvier 1993 qui assimile « à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé ». Pour déterminer

celles qui entreraient dans la notion "d'entreprise privée" on s'attachera, en conséquence, à la nature de l'activité et à son mode de financement, ce qui permet d'inclure à l'interdiction les associations qui se livreraient à des activités économiques dans un secteur concurrentiel⁴⁵² ou d'exclure les établissements publics industriels et commerciaux qui ne fonctionneraient pas dans des conditions similaires au droit privé⁴⁵³.

Elle est **restrictive** sur la réalité des fonctions exercées puisque la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007 a réduit l'incrimination de l'article 432-13 du code pénal et le champ du contrôle préventif de la commission de déontologie (nouvel article 87 de la loi du 29 janvier 1993) aux fonctions que l'agent a « *effectivement exercées* ». Au regard de ce critère nouveau, il est demandé au juge répressif et à la commission de déontologie une prise en compte d'une réalité dans le contrôle ou l'avis émis à l'égard de l'entreprise en question. Selon Jérôme Lassere Capdeville, « *le législateur a voulu ici mettre un terme à une jurisprudence particulièrement sévère ayant retenu le délit alors que le prévenu n'avait pas directement et personnellement contrôlé durant ses fonctions passées, l'entreprise privée dans laquelle il bénéficiait d'une participation par la suite* »⁴⁵⁴.

Enfin, "la restriction" s'est faite aussi sur le délai de l'interdiction qui est passé de cinq à trois ans depuis la loi du 2 février 2007⁴⁵⁵. La réduction du délai d'interdiction pour tout fonctionnaire ou agent public d'exercer une activité incompatible avec ses précédentes fonctions était un souhait de la commission de déontologie de la fonction publique de l'Etat⁴⁵⁶ et une recommandation de la commission des lois qui considérait que le délai de cinq ans ne répondait plus au « *contexte économique actuel, où les*

⁴⁵² Indépendamment que l'association soit à but lucratif ou non.

⁴⁵³ Par ex. ceux qui se font dans un secteur où existe un monopole.

⁴⁵⁴ J. Lassere Capdeville, *Le délit de Pantouflage*, AJCT 2011, p. 395, citant un arrêt crim., 18 juil. 1984, n° 83-92.856, Bull. crim. n° 262 ; RSC 1985. 291, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire. En l'espèce, inspecteur des impôts qui dispensait des conseils rémunérés à une Cie d'assurance qu'il ne contrôlait pas dans le cadre de son activité professionnelle, mais qui relevait de sa brigade.

⁴⁵⁵ Précision : alignement du délai pénal avec celui du contrôle de la commission de déontologie qui lui aussi est passé à trois ans.

⁴⁵⁶ Rapport d'activité pour 2005 de la commission de déontologie de la FPE, La doc. fr., avril 2006.

D'autant, selon ce rapport, que le délit de 1919, à sa création, répondait surtout à des départs massifs des agents vers le secteur privé que le gouvernement voulait stopper.

relations professionnelles se lient et se délient très rapidement »⁴⁵⁷. À titre de comparaison, ce délai correspond avec ce qui se fait en Allemagne⁴⁵⁸, étant déjà un maximum par rapport aux autres États européens⁴⁵⁹.

§2.- Les incompatibilités aux fonctions électives

Bien que l'exercice d'une fonction publique non élective et d'un mandat national ou local participe d'une même ambition : la satisfaction de l'intérêt général, il a été considéré que le passage de l'un à l'autre ne pouvait se faire sans restriction, en raison, là aussi, des risques que l'intérêt personnel puisse se heurter à l'intérêt général ou que l'intérêt de la collectivité, nationale ou locale, soit contrarié par celui du service. Afin de prévenir tout risque de soupçon de nature à remettre en cause l'indépendance de la fonction élective, le désintéressement se règle par l'incompatibilité qui interdit de conserver une fonction non élective en cas d'élection (autrement appelée incapacité juridique⁴⁶⁰). Nous l'étudierons à travers les élections nationales (**A**) et les élections locales (**B**) qui répondent à des régimes différents.

A. Les incompatibilités aux fonctions électives nationales

L'idée que l'exercice simultané d'une fonction non élective avec une fonction élective nationale ne pouvait se faire qu'au préjudice de l'une sur l'autre se posait déjà en 1848 :

« Fonctionnaires-représentants, votre absence a ou n'a pas d'inconvénients ; si elle n'en a pas, vous êtes inutiles, et votre place doit être supprimée ; si elle en a, la conscience, l'honneur, vous font une loi d'opter entre deux positions inconciliables. L'indépendance,

⁴⁵⁷ Rapport de la commission des lois (M. H. Portelli) n° 113, 13 décembre 2006.

⁴⁵⁸ Sauf 5 ans dans certains cas.

⁴⁵⁹ A titre de comparaison, alors qu'il n'y a aucun délai pour le passage vers le secteur privé en Belgique, il est réduit à six mois en Norvège ou à un an en Irlande. Seuls, l'Italie et le Royaume-Uni, avec deux ans d'interdiction, se rapprochent du délai retenu par le législateur de 2007.

⁴⁶⁰ B. Maligner, *Le contentieux des élections municipales de 1989*, RFDA 1991, p. 2 : « l'incompatibilité constitue une incapacité juridique » de conserver un mandat électif.

voilà la première condition que doit remplir un législateur, la garantie suprême qu'on doit exiger de lui. Nous sommes assurés que votre courage et votre désintéressement, que vos esprits élevés et vos cœurs intrépides, oublieraient, devant l'intérêt général, tout intérêt personnel ; mais il suffit qu'un mal, qu'un soupçon même soient possibles, pour qu'on doive s'efforcer de les prévenir, et l'histoire de nos dernières années parlementaires nous dispense d'insister sur ce point »⁴⁶¹.

Aujourd'hui, le législateur, dans un même souci de préservation d'indépendance et de neutralité, a interdit l'exercice d'une fonction publique non élective, civile ou militaire⁴⁶², avec un mandat de député⁴⁶³ ou de sénateur⁴⁶⁴. La règle vaut aussi pour les fonctionnaires élus représentants français au Parlement européen⁴⁶⁵.

Les seules exceptions concernent les Professeurs d'Universités⁴⁶⁶ et les ministres des cultes ou délégués du gouvernement dans l'administration des cultes dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin ou de Moselle⁴⁶⁷. Ces deux exceptions qui rendent compatibles ces fonctions non électives avec un mandat de député ou de sénateur ont toutes deux des origines historiques.

⁴⁶¹ Décret sur les incompatibilités, Abolition du cumul des fonctions rétribuées et gratuites ; Les dernières ne sont souvent qu'un marchepied pour arriver aux premières, 16 mai 1848, signé Obriot et Saucié, BNF.

⁴⁶² En vertu de l'art. L.O. 46 « *Les fonctions de militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles avec les mandats qui font l'objet du livre I* ».

⁴⁶³ Art. L.O. 142 « *L'exercice des fonctions publiques non électives est incompatible avec le mandat de député* ».

⁴⁶⁴ L'art. L.O. 142 du code électoral est applicable à tous les parlementaires car l'art. L.O. 297, du même code, qui régit les sénateurs, se contente de renvoyer au régime juridique des députés : « *Les dispositions du chapitre IV ("Incompatibilités") du titre II du livre Ier du présent code (donc l'art. L.O. 142) sont applicables aux sénateurs* » (L.O. n° 85-1405 du 30 décembre 1985, art. 5 ; loi prise en vertu de l'art. 25 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui impose une loi organique en matière d'incompatibilités parlementaires. Pour les députés, v. L.O. n° 2009-38 du 13 janvier 2009, art. 7).

⁴⁶⁵ En vertu de l'art. 6 de la loi n° 77-729 du 7 juil. 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen, le cas d'incompatibilité visés par la loi sur les députés et les sénateurs est aussi applicable aux représentants du Parlement européen.

⁴⁶⁶ Peuvent poursuivre leur activité de "fonctionnaire" les Professeurs d'université « *qui, à la date de leur élection, étaient titulaires de chaires données sur présentation des corps où la vacance s'est produite ou chargés de directions de recherches* » (al 3 de l'art. L.O. 142, préc.).

⁴⁶⁷ Peuvent, également, poursuivre leur activité de "fonctionnaire" : « *les ministres des cultes et les délégués du gouvernement dans l'administration des cultes* » dans « *les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle* » (al. 4 de l'art. L.O. 142, préc.).

S'agissant des Professeurs d'université, cette absence d'incompatibilité correspond à un « *attachement constant à l'idée d'indépendance universitaire (qui remonte aux origines médiévales de l'institution)* »⁴⁶⁸. Depuis, il a toujours été considéré qu'ils devaient pouvoir poursuivre leurs travaux à l'abri de toute immixtion. Cela se retrouve dans les dispositions statutaires des Professeurs des universités qui s'attachent à la conservation du bénéfice « *d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression* »⁴⁶⁹, dans les décisions du Conseil Constitutionnel qui en a fait un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁴⁷⁰ ou encore dans les arrêts du Conseil d'État qui a entendu garantir le principe d'indépendance⁴⁷¹. Toutefois, « *sans tirer de ce principe des conséquences véritablement nouvelles* »⁴⁷², il convient de noter que le juge constitutionnel, qui est le juge des incompatibilités des parlementaires, entend le terme de Professeur des universités strictement. En effet, comme le souligne le Professeur Franck Laffaille si il a su « *tirer les conséquences de sa politique jurisprudentielle pour poser la compatibilité des fonctions de Maître de conférences avec un mandat de député* »⁴⁷³ considérant qu'ils « *sont des enseignants-chercheurs titulaires comme les professeurs d'université et bénéficient (en conséquence) des mêmes garanties d'indépendance que ces derniers* »⁴⁷⁴, il n'a pas hésité à restreindre le champ d'application de la loi organique en considérant dans une décision récente du 14 février

⁴⁶⁸ P. Champy et C. Etevé, *Dictionnaire encyclopédique de l'éducation et de la formation*, édit. Les Usuels Retz, 3^{ème} éd., 2005, p. 1021.

⁴⁶⁹ V. art. 2 du D. n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions communes applicables aux enseignants chercheurs et portant statut particulier du corps des Professeurs des universités et du corps des Maîtres de conférences, préc..

⁴⁷⁰ « *Par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables* » (Décis. n° 83-165 du 20 janv. 1984, L. relative à l'enseignement supérieur, Rec. Cons. constit. 1984, p. 30, JORF 21 janv.).

⁴⁷¹ Depuis l'arrêt *Ménard* du 22 mars 2000 (rec. p. 124), le C.E. impose « *que dans le cadre du déroulement de leur carrière (...) ils ne puissent être jugés que par leurs pairs* ».

⁴⁷² Comm. sur la déc. n° 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, relative à deux QPC relatives au statut des enseignants chercheurs.

⁴⁷³ F. Laffaille, *Élection législative : éligibilité d'un maître de conférences*, rec. Dall. 2014, p. 19, article sur la Déc. Cons. constit., n° 19-12-2013, 19 déc. 2013.

⁴⁷⁴ *Ibid*, Déc. Cons. constit., n° 19-12-2013, 19 déc. 2013, AJFP 2014 p. 101.

2008 que « *les fonctions de Professeur associé (en l'espèce, à l'université ou à l'IEP de Paris) sont incompatibles avec l'exercice d'un mandat parlementaire* »⁴⁷⁵.

S'agissant des ministres des cultes, la compatibilité des fonctions tient au fait que les « *départements concordataires n'étaient pas français au moment où a été votée la loi de séparation des Églises et de l'État, (et qu'en conséquence) l'Alsace-Moselle demeure régie par le concordat qui faisait membre du clergé des fonctionnaires publics* »⁴⁷⁶.

S'agissant des autres fonctionnaires, ceux qui ne bénéficient pas de l'exception d'incompatibilité, ils ne peuvent rester en poste. Toutefois, et c'est un point important, on ne demande pas au fonctionnaire de démissionner⁴⁷⁷, seulement de faire le choix entre la fonction non élective et celui du mandat « *au plus tard le trentième jour qui suit son entrée en fonction ou, en cas de contestation de son élection, la date de la décision du Conseil constitutionnel* »⁴⁷⁸. Le fait d'être élu n'est pas une cause de « *cessation définitive de fonctions qui entraîne radiation des cadres et perte de la qualité de fonctionnaire* », au sens de l'article 24 du statut général de la fonction publique (Titre I). Le lien avec le corps d'origine n'est pas définitivement rompu et "un retour" est toujours possible.

Sur ce dernier point, il convient de noter que des évolutions récentes se sont faites. Pendant l'exercice du mandat parlementaire, le fonctionnaire ne pourra plus désormais acquérir des droits à pension dans son régime d'origine avec la pension de son mandat. Le cumul de droits a été rendu impossible, depuis 2008 pour les sénateurs et 2012 pour les députés⁴⁷⁹ (sauf pour les Professeurs d'universités et les ministres du

⁴⁷⁵ Déc. n° 2008-24/25/26 I du 14 février 2008, JO, 17 fév., p. 2958, déc. citée par le Professeur F. Laffaille, *Élection législative : éligibilité d'un maître de conférences*, rec. Dall. 2014, p. 19, préc. ; v. aussi, JCP n° 9, 27 fév. 2008.

⁴⁷⁶ G. Carcassonne, *La Constitution*, édit. du Seuil, 1996, p. 135.

⁴⁷⁷ Bien que la démission d'un fonctionnaire soit prévue à l'al. 1 de l'art. 24 du statut général de la fonction publique de 1983 (Titre I), comme une cause de « *cessation définitive de fonctions qui entraîne radiation des cadres et perte de la qualité de fonctionnaire* », et soit reprise pour la FPT à l'art. 96 (Titre III) et à l'art. 87 pour la FPH (Titre IV), il est pour le moins curieux qu'elle n'ait pas été prévue dans le statut de la FPE (Titre II) et qu'il faille se reporter au D. n° 85-986 du 16 sept. 1985, relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'État et à certaines modalités de mise à disposition et de cessation définitive des fonctions (art. 58 à 60), pour que la question soit enfin traitée.

⁴⁷⁸ Art. LO151-1 du code électoral.

⁴⁷⁹ L. de finances de la sécurité sociale du 19 décembre 2007, art. 9 (JORF n° 0296 du 21 déc., p. 20603).

culte, précités, qui cumuleraient les fonctions). En outre, le législateur est revenu sur le droit à l'avancement, qui permettait à un député ou à un sénateur nouvellement élu de poursuivre sa carrière administrative de manière "fictive"⁴⁸⁰. Il a été mis fin à cet avantage par les lois organiques du 11 octobre 2013⁴⁸¹ et du 14 février 2014⁴⁸², à compter des prochains renouvellements des assemblées⁴⁸³.

Toutefois, si cette dernière avancée a été rendue possible par le passage de la position de détachement à celle de disponibilité, il en ressort qu'elle ne permet pas de revenir sur le droit à une réintégration dans la fonction publique d'origine, qui persiste. D'autant, que la position de disponibilité permet une réintégration facilitée depuis que le Conseil d'État considère que « *celle-ci doit intervenir, en fonction des vacances d'emplois qui se produisent, dans un **délai raisonnable*** »⁴⁸⁴.

Ce "filet de sécurité" qui permet de regagner l'administration d'origine si l'on décide de se retirer de la vie politique, ou si l'on y est contraint par les électeurs, fait l'objet d'une vive critique. Si cette situation pouvait être acceptée par le passé⁴⁸⁵, elle ne

⁴⁸⁰ Avec cette limite de la priver « *de certains de ses effets* », comme celui d'avoir un avancement au choix ou à l'inscription au tableau d'avancement, afin d'éviter que l'indépendance pendant son mandat parlementaire ne puisse être contrariée par celui qui en a la maîtrise, le gouvernement (D. Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 220 », 2002, p. 285, citant C.E. (S), 29 juil. 1994, *Ribault et Clouet*, rec. p. 399 ; AJDA 1994, p. 738, concl. M. Sanson).

Dans le même sens, v. l'avis du C.E. n° 283-765, 29 nov. 1961 : les parlementaires nationaux ne peuvent, lors de l'accomplissement de leur mandat, bénéficier « *d'aucun avancement de grade ou de classe et ne peuvent faire l'objet d'un avancement d'échelon que si celui-ci est, soit conforme à l'avancement moyen à l'ancienneté prévue par leur statut particulier, soit, à défaut, le moins favorable* » (proposition de loi relative aux conditions d'éligibilité aux mandats électoraux, in rapport n° 310 (2000-2001) de M. P. Gélard fait au nom de la commission des lois, 9 mai 2001).

⁴⁸¹ L.O. n° 2013-906 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n°0238, 12 oct., p. 16824.

⁴⁸² L.O. n° 2014-125, 14 fév. 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, J.O. n° 40, 16 fév..

⁴⁸³ En 2017, sauf dissolution intervenue entre temps.

⁴⁸⁴ C.A.A. de Lyon, 16 janv. 1998.

On notera que cet arrêt reprend le principe d'un « *délai raisonnable* » à réintégration posé par l'arrêt du C.E. du 11 juil. 1975, *Ministre de l'Éducation nationale contre Dame Saïd* (cité par proposition de loi relative aux conditions d'éligibilité aux mandats électoraux, in rapport n° 310 (2000-2001) de M. P. Gélard fait au nom de la commission des lois, 9 mai 2001).

⁴⁸⁵ Et même revendiquée : « *Si je n'étais plus député, je redeviendrais conseiller référendaire à la Cour des comptes. Qu'est-ce que ça veut dire ? Ça veut dire que si je ne faisais absolument rien à la Cour des comptes, je continuerais à gagner 15.000 francs par mois, 25.000 si je faisais des rapports, mais sans forcément en faire énormément. Je pourrais doser mon travail, rester chez moi quand je suis fatigué, aller à la cour des comptes dans mon bureau pour passer des coups de téléphone. Bref, je serais totalement libre, je serai un vrai privilégié*

l'est plus, d'autant que la participation des fonctionnaires à la vie publique se fait dans des proportions importantes, jamais constatées. Lorsque l'on consulte le site de l'Assemblée Nationale, on remarque que les anciens fonctionnaires représentent la catégorie sociale la plus importante : 93 anciens fonctionnaires⁴⁸⁶ sur les 577 députés. A titre de comparaison les avocats qui représentaient 34% des députés aux origines de la République⁴⁸⁷, ne sont plus que 5,8% (34)⁴⁸⁸.

Face à cette rupture d'égalité entre ceux qui viennent du secteur public et du secteur privé, il nous apparaît souhaitable de poser une « *obligation de démission de la fonction publique en cas d'élection comme député ou sénateur* » afin de « *garantir l'équité entre les élus de la fonction publique protégés par leur statut et l'ensemble des autres élus* », pour reprendre les termes d'une proposition de loi récente⁴⁸⁹.

B. Les incompatibilités aux fonctions électives locales

Les incompatibilités qui s'appliquent aux grandes consultations électorales locales sont soumises à des dispositifs différents selon la fonction publique à laquelle appartient le fonctionnaire. Une distinction a été faite entre la fonction publique militaire et la fonction publique civile.

Si les militaires sont des électeurs dans les mêmes conditions que les autres citoyens depuis l'ordonnance du 17 août 1945 qui leur a reconnu le droit de vote, sans restriction de disponibilité ou d'exercice des fonctions, ils ne peuvent cumuler leur emploi avec un mandat. En vertu de l'article L 46 du code électoral « *les fonctions de*

comme je l'étais avant d'être élu député » (F. Hollande, déclaration télévisée dans le cadre de l'émission consacrée aux "Privilèges depuis la révolution française", 5 janv. 1989, source INA.fr).

⁴⁸⁶ 53 fonctionnaires de catégorie A, 6 de catégorie B, 1 de catégorie C et 33 des grands corps de l'État (source : lassemblee-nationale.fr).

⁴⁸⁷ T. Tackett, *Les députés de l'assemblée législative 1791-1792*, in *Pour la révolution française : recueil d'études en hommage à Claude Mazauric*, par C. Le Bozec et É. Wauters, publication universitaire de Rouen, 1998, p. 139.

⁴⁸⁸ A titre indicatif les Professeurs de faculté ne sont pas mieux lotis (14), et enfin, il n'y a qu'un seul artisan, qu'un seul homme de lettre (ou artiste, selon la terminologie utilisée) et aucun ancien ouvrier (Source : site de lassemblee-nationale.fr)

⁴⁸⁹ Proposition de Loi n° 236 sur la modernisation de la vie publique, B. Le Maire, enregistrée au bureau de l'A.N. le 1^{er} oct. 2012, "classée sans suite".

*militaire de carrière ou assimilé*⁴⁹⁰, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles avec les mandats qui font l'objet du livre I », ce qui vise les mandats de conseillers municipaux, généraux ou régionaux. Aussi, à la date où l'élection est devenue définitive, le militaire devra mettre fin à une situation devenue incompatible en optant pour l'emploi ou le mandat. A défaut d'option dans un délai d'un mois, il est réputé démissionnaire de son mandat⁴⁹¹.

Cette incompatibilité générale sans distinction des postes (fonction de commandement ou d'exécution) doit se comprendre au regard de la contrainte statutaire propre aux militaires qui impose une réserve plus particulière, un détachement des "questions civiles".

Pourrait-on avoir un militaire qui dans la journée obéit aux ordres et le soir s'oppose à son ministre, c'est-à-dire à son chef hiérarchique, sur la suppression de la caserne de sa "ville d'élection", par exemple ?

Cette volonté d'extraire le militaire du débat politique se retrouve dans l'interdiction de faire grève ou d'être représenté syndicalement, même pour une parole qui serait restreinte aux seuls intérêts professionnels ou moraux du métier "des armes". Cela serait difficilement compatible avec « *les règles de la discipline militaire* », pour reprendre la justification de l'article L 4121-4 du code de la défense qui interdit « *l'exercice du droit de grève* »⁴⁹² et « *l'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical* »⁴⁹³.

Toutefois, et c'est un fait nouveau, cet édifice statutaire qui préfère confier la résolution des problèmes généraux au "chef" en charge « *de veiller aux intérêts de ses subordonnés et de rendre compte, par la voie hiérarchique* », selon les termes du dernier

⁴⁹⁰ Un réserviste peut être assimilé à un militaire (v. H. Faupin, *Fonctions militaires et mandats électoraux*, AJFP 2004, p. 259 ; en l'espèce il s'agissait d'un pompier réserviste, ancien pompier de la ville de Paris qui ont un statut de militaire).

⁴⁹¹ Art. L 344 du code électoral.

⁴⁹² Art. L 4121-4 du code de la défense, al 1 : « *L'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire* ».

⁴⁹³ Art. L 4121-4 du code de la défense, al 2 : « *L'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que l'adhésion des militaires en activité de service à des groupements professionnels sont incompatibles avec les règles de la discipline militaire* ».

alinéa de l'article L 4121-4⁴⁹⁴, plutôt qu'à un syndicat, pourrait bien vaciller sous l'effet d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, toujours plus attachée à assurer le respect des engagements souscrits par les États signataires de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, dans un arrêt du 2 octobre 2014⁴⁹⁵, les juges de Strasbourg se prononçant sur le refus du Conseil d'État d'admettre la recevabilité d'une requête tendant à la reconnaissance d'un droit d'association des militaires⁴⁹⁶ n'ont pas hésité à condamner la France en considérant qu'une interdiction générale « *pure et simple de constituer un syndicat ou d'y adhérer* » était une atteinte qui « *ne saurait passer pour proportionnée (... dans une société démocratique)* » de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit la liberté d'association et la liberté syndicale.

Les conséquences, à supposer que cette perspective "d'un syndicat en uniforme" puisse un jour exister, on le devine, sont considérables. En effet, une fois constitué, ne posera-t-il pas la question d'une participation du militaire à la vie politique locale ?

S'agissant de la fonction publique civile, pas d'incompatibilité générale. Les incompatibilités se règlent en fonction des postes occupés. Par application de l'article L 237 du code électoral, les fonctions de membre d'un conseil municipal sont incompatibles avec celles de certains personnels de préfecture (préfet, sous-préfet et secrétaire général) ou de la police nationale (fonctionnaire des corps de conception, de direction, de commandement et d'encadrement). La même incompatibilité existe à l'égard des conseillers généraux ou régionaux, à laquelle s'ajoute, en vertu des articles L 206 et L 342 du code électoral, d'autres fonctions limitativement énumérées qui d'une manière générale sont des fonctions qui peuvent faire conflit (ex : architecte, ingénieur des travaux publics de l'Etat, chef de section principal ou chef de section des travaux publics de l'Etat chargé d'une circonscription territoriale de voirie...). A noter, qu'afin d'éviter toute possibilité de fraude, l'incompatibilité ne vise pas seulement le

⁴⁹⁴ « *Il appartient au chef, à tous les échelons, de veiller aux intérêts de ses subordonnés et de rendre compte, par la voie hiérarchique, de tout problème de caractère général qui parviendrait à sa connaissance* » (L 4121-4 du code de la défense, al. 3).

⁴⁹⁵ CEDH, 2 oct. 2014, req. n° 10609/10 (v. M.-C. Montecler, *La CEDH condamne l'interdiction des syndicats dans l'armée*, Dal. 7 oct. 2014).

⁴⁹⁶ C.E. (S), 11 déc. 2008, n° 307405 (v. chron. S.-J. Liéber et D. Bottegh, *Irrecevabilité de la requête d'une association de défense des intérêts professionnels des militaires*, AJDA 2009, p. 148).

département ou la région où sont exercées les fonctions, mais le territoire national dans son ensemble.

Ces personnels, contrairement à ceux qui peuvent rester en poste et cumuler une fonction non électorale et un mandat, devront opter entre l'acceptation du mandat ou la conservation de l'emploi dans un délai qui se veut plus court que pour les élections nationales, puisqu'il n'est que de dix jours. A défaut de déclaration adressée dans ce délai au supérieur hiérarchique, il sera réputé avoir opté pour la conservation dudit emploi.

Enfin, s'agissant des garanties post mandat pour un retour dans l'administration d'origine, il se fait dans les mêmes conditions que celles que nous avons étudiées pour les mandats nationaux. Il est assuré par la position de disponibilité ou de détachement qui aurait été acceptée par l'administration (condition).

SECTION II

LES INCOMPATIBILITÉS FONCTIONNELLES

« *La fonction publique (n'étant) pas un métier comme un autre* »⁴⁹⁷ et l'agent public un citoyen comme les autres, il doit se garder dans le cadre de sa vie privée de tout comportement qui pourrait rejaillir sur son service ou son administration. Acteur de l'ombre de la vie publique, la "scène" lui est interdite. Une obligation de ne pas faire s'impose à lui lorsqu'il n'est pas en fonction, que l'éloignement soit ponctuel (repos ou congé) ou prolongé (détachement, disponibilité, suspension).

Nous ne reviendrons pas sur l'apport de la composante morale dans son aspect conceptuel, évoquée précédemment⁴⁹⁸, pour nous attacher à sa dimension fonctionnelle. Pour cela nous avons fait un travail de recherche des décisions rendues par le juge administratif, car en matière d'incompatibilités fonctionnelles, de fait ou de situation, on ne peut bien évidemment se référer qu'aux interprétations qui ont été faites, qui seules

⁴⁹⁷ R. Grégoire, *La fonction publique*, préc. p. 32.

⁴⁹⁸ Voir supra chap. II du titre I, pp. 51-79.

permettent de mettre en exergue les "principes directeurs" qui ont été retenus par les juges. Par confrontation des espèces, il en ressort que lorsqu'il n'y pas de violation d'une norme, et que la sanction à considérer repose principalement sur le comportement de l'agent public, la décision du juge administratif se basera sur le discrédit jeté sur l'administration ou le service de l'agent public (**section 1**). Toutefois, au-delà de cette appréciation objective, s'esquisse aussi, selon nous, une approche supplémentaire du juge, plus subjective (**section 2**).

§1.- Les critères objectifs des incompatibilités fonctionnelles

Très tôt, la jurisprudence administrative a considéré qu'elle devait s'inscrire dans un principe de sauvegarde de la réputation de la personne publique. Ainsi, si elle a admis que l'administration ne pouvait interférer avec la sphère privée, hors obligation de service⁴⁹⁹, elle en a fixé les limites : « *L'administration ignore la vie privée mais ne tolère pas le scandale* »⁵⁰⁰. Dès 1947, elle a considéré que des faits commis en dehors du service pouvaient aussi être sanctionnés disciplinairement car « *l'autorité tient de ses pouvoirs généraux le droit de révoquer les agents coupables de faute rendant impossible leur maintien dans leurs fonctions alors même que ces fautes seraient commises en dehors de l'exercice desdites fonctions* »⁵⁰¹.

Toutefois, dans la mesure où on n'est pas dans la faute de service, que les obligations fonctionnelles doivent s'analyser comme un ensemble de valeurs non réductibles⁵⁰², le juge devra apprécier la logique de service que l'autorité hiérarchique a entendu faire respecter. Pour ce faire il va considérer les atteintes à la fonction. Les comportements dans la vie privée de l'agent seront jugés incompatibles avec la continuité de l'activité dès qu'il y a atteinte, d'une manière générale, "à la considération" ou à "l'honneur" de la fonction publique.

⁴⁹⁹ Certains statuts astreignent leurs agents à résider sur le lieu d'exercice de leurs fonctions (ex : militaires). Pour un rappel de cette astreinte par le juge, voir C.E., 24 oct. 1984, *Pinsard*.

⁵⁰⁰ C.E., 22 juin 1949, *Féry*, rec. p. 298.

⁵⁰¹ C.E., 16 juil. 1947, *Sieur Benmain Ghalem Ben Hadj*, rec. p. 319.

⁵⁰² Voir supra chap. II du titre I.

S'agissant de la référence sur "la considération de la fonction publique", le juge prendra en compte les effets perturbateurs ou le discrédit qui peut en résulter sur le bon fonctionnement du service. Par exemple, le fait pour un magistrat d'avoir une relation avec une prostituée est un comportement qui est rendu incompatible (*un temps*) avec sa fonction de juger, même si rien ne peut lui être reproché sur le plan pénal⁵⁰³. Et il ne faut pas rechercher dans la référence de l'article 16 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, portant statut du magistrat, d'avoir « *une bonne moralité* », l'incompatibilité fonctionnelle, car pour les autres fonctionnaires, l'absence de référence statutaire ne les autorise pas non plus à une telle "compagnie". Les mêmes faits ont pu être reprochés à un policier, au motif que de telles relations pouvaient « *porter déconsidération sur le corps de la police nationale* »⁵⁰⁴. Cette exigence sur les relations est poussée très en avant puisqu'il peut être demandé à un agent public d'avoir, en quelque sorte, un(e) conjoint(e) compatible⁵⁰⁵ ou des amitiés dépourvues de toute ambiguïté qui ne puissent créer une équivoque préjudiciable⁵⁰⁶. En matière de mœurs, c'est un fait, le Conseil d'État ne se veut pas libéral car il n'a jamais entendu adapter sa sévérité aux évolutions sociétales. C'est ainsi, aussi, qu'il a pu sanctionner le cas d'un Professeur d'Université qui aurait entretenu une relation avec une de ses étudiantes, considérant que « *l'autorité de la fonction professorale* »⁵⁰⁷ avait été déconsidérée.

S'agissant de la référence à "l'honneur", le juge n'hésite pas à s'y référer pour souligner le caractère indigne de certains comportements. Karine Favro se reportant à la jurisprudence en déduit que l'atteinte à l'honneur « *suppose soit un fait unique, mais d'une particulière gravité, soit des manquements professionnels réitérés, caractérisés par la mauvaise foi, la volonté de profit illicite, l'intention de nuire, ou à tout le moins, la prise de risque professionnel déontologiquement inacceptable* »⁵⁰⁸. Sur ce point, nous

⁵⁰³ Pas de délit proxénétisme. C.E., 21 fév. 1968, *Sieur Aubertin*, rec. p. 122.

⁵⁰⁴ Voir C.E., 14 mai 1986, *Ministre de l'intérieur et de la décentralisation c/ Boitteloup*, req. n° 71856, pour un fonctionnaire de police.

⁵⁰⁵ C.E., 22 janv. 1975, *Brunel*, n° 93707. En l'espèce, un fonctionnaire de police se voyait reprocher la situation de son épouse qui exploitait un commerce de débit de boissons.

⁵⁰⁶ C.E., 13 juin 1990, req. n° 112997. En l'espèce, il a été considéré qu'un policier ayant « *pour habitude d'entretenir des relations privées avec des individus défavorablement connus de la justice* », était de nature à justifier la sanction de révocation de son ministre

⁵⁰⁷ C.E., 20 juin 1958, *Louis*, rec. p. 368.

⁵⁰⁸ K. Favro, *Le contrôle du juge administratif sur la discipline des magistrats de l'ordre judiciaire*, revue de la recherche juridique-droit prospectif, 2001-4 (vol. 3), PUAM, p. 1706.

ne pouvons que souscrire à son analyse qui rejoint notre recherche. Il est certain qu'aux actes les plus graves, comme la pédophilie⁵⁰⁹ ou la corruption de mineur⁵¹⁰, qui vont au-delà de la déconsidération qui peuvent être portée à un corps, qui touchent à l'honneur, la réponse ne peut être que la révocation. Ensuite, s'agissement des manquements professionnels réitérés, il est certain aussi qu'ils ne peuvent s'inscrire au crédit du requérant, comme cela est rappelé régulièrement par le juge⁵¹¹. Il sera par nature plus enclin à la clémence envers l'acte accidentel à faible impact, surtout si la mesure prise à son encontre est la révocation, qui est la plus sévère des sanctions. Par exemple, il a par le passé annulé la révocation d'un garde-chef de l'Office National de la Chasse pour des propos injurieux, alors que tout au long de sa carrière celui-ci n'avait jamais été sanctionné. Le juge a considéré que pour une première sanction, la révocation ne se justifiait pas⁵¹².

§2.- Les critères subjectifs des incompatibilités fonctionnelles

Parfois, lorsqu'il n'y a pas d'atteinte "à la considération" ou à "l'honneur" de la fonction publique et que la sanction à considérer repose sur manquement de moindre "intensité", la motivation du juge se basera sur l'administration du fonctionnaire et sur sa représentation dans la société, car, faut-il le dire, tout agent public est « porteur d'un état »⁵¹³ qui l'engage. De par sa fonction, il est en quelque sorte le garant de la préservation de la réputation de son service, et au-delà de l'administration toute entière. Si l'on pense en premier aux personnels diplomatiques ou militaires, en poste ou en mission à l'étranger⁵¹⁴, cela se vérifie aussi pour les autres fonctions publiques. Ainsi, le

⁵⁰⁹ C.E. (S), 9 juin 1978, rec. p. 245, AJDA 1978, p. 573. En l'espèce, mise à la retraite d'office d'un instituteur s'étant rendu coupable de gestes indécents sur ses élèves.

⁵¹⁰ CAA Versailles, 17 avril 2008, req. n° 07VE00606. En l'espèce, professeur qui proposait à une de ses élèves mineure de poser nue contre rémunération.

⁵¹¹ Pour une dernière décision en ce sens v. CAA de Versailles, 30 mai 2013, req. n° 12VE03206 : « qu'en regard à la multiplicité des fautes commises par Mme C...et à leur récidive, la sanction de la révocation qui a été prononcée n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ».

⁵¹² C.E., 29 juil. 1994, req. n° 145098.

⁵¹³ Colloque, *La spécificité publique à l'épreuve de la fonction publique territoriale : Modèles et avenir ?*, INSET Angers, 29 mars 2012.

⁵¹⁴ Dont les contraintes sont plus fortes, comme le prouve les notes ou recommandations orales qui vont demander une rigueur prompt à asseoir et à maintenir l'influence de la France.

Voir la note du min. des Aff. Étrangères du 18 nov. 2004 envoyée aux chefs de postes à l'étranger à propos du recrutement du personnel local. Tout en rappelant « qu'une grande majorité (d'entre eux) ont une attitude exemplaire vis-à-vis de ces personnels », la note, après avoir souligné « certaines règles de base », précise la

juge a pu décider que la sanction d'une révocation à l'encontre d'un sous-brigadier de police, en raison d'un vol de truites commis avec des collègues dans une pisciculture, alors même qu'aucune plainte n'avait été déposée par la victime, ne comporte pas d'erreur manifeste d'appréciation⁵¹⁵.

Cette sévérité, faute de sanction pénale, n'est pas opérant pour le Conseil d'État. Pour lui, seule compte la préservation de la réputation du service. L'arrêt du 14 mai 1986 du Conseil d'État⁵¹⁶ en est un bon exemple : en l'espèce, un sous-brigadier de compagnie républicaine de sécurité cohabite avec une personne se livrant de manière habituelle à la prostitution. Le juge répressif prononce une relaxe à son encontre au motif que les éléments requis pour le délit de proxénétisme n'étaient pas constitués (il ignorait les faits). Le tribunal administratif, prenant acte du jugement rendu par ces juges, annule l'arrêté du ministre prononçant la révocation du fonctionnaire. Un pourvoi est formé contre cette décision devant le Conseil d'État. Il annulera la décision des juges de première instance en considérant que le comportement du fonctionnaire était de nature à produire la déconsidération sur le corps auquel il appartenait, et qu'en conséquence, la décision du ministre de le révoquer sans suspension des droits à la retraite n'était pas entachée d'erreur manifeste. Cette décision est transposable à toutes les autres fonctions publiques que l'on pourrait qualifier de "nobles" (armée, justice, police).

Autre élément décisif pour les juges : les fonctions exercées (« *eu égard aux fonctions exercées...*»). Dans ces cas, la nature des fonctions, le rang occupé, devient un critère qui se suffit, quelque soit la fonction publique d'élection. Ainsi, dans deux affaires alors que les faits étaient identiques (prostitution), la décision des juges aura des solutions différentes. En l'espèce, il a été considéré que la profession du premier fonctionnaire, personne chargée de la signalisation de la chaussée et de l'entretien des

portée des obligations qu'impose l'engagement à l'étranger : « *il en va non seulement du respect du droit applicable et de la considération due à tout collaborateur, mais aussi de l'image de la France que vote attitude renvoie localement* ». De même, un rappel des us et coutumes locaux est toujours signifié à ces personnels, ainsi qu'à leurs familles (« *s'il s'appelle bien T.F.A.I. (territoire français des Affars et des Issas), les Affars et les Issas sont chez eux et les français ne doivent les choquer en rien* » ; convocation au min. de la Défense pour recommandations à l'épouse d'un officier supérieur prenant le commandement de la Marine Nationale en Mer Rouge et Golfe d'Aden, Adeline Biart, 1973).

⁵¹⁵ C.E, 25 nov. 1994, req. n° 137955.

⁵¹⁶ C.E., 14 mai 1986, req. n° 71856.

espaces verts, ne devait pas être regardée de la même manière en raison de « *sa nature et de son caractère subalterne* » et que la sanction de révocation devait être annulée, alors qu'elle devait être maintenue pour le second fonctionnaire en raison de sa qualité de professeur dans un lycée professionnel⁵¹⁷.

Dans ces deux arrêts, il est relevé que les faits ont été portés incidemment à la connaissance de la hiérarchie. Cet élément est aussi une composante importante dans la décision de confirmer ou d'annuler une décision disciplinaire. La non publicité d'un fait peut être porté au bénéfice d'un requérant. C'est ainsi que le Conseil d'État dans un arrêt du 15 juin 2005⁵¹⁸, tout en rappelant que tout comportement d'un fonctionnaire (en l'espèce, un militaire de carrière) en dehors du service peut constituer une faute de nature à justifier une sanction, s'il a pour effet de perturber le bon déroulement du service, va annuler la sanction de vingt jours d'arrêts pour avoir entretenu une relation avec l'épouse d'un supérieur hiérarchique. Cette solution résulte de l'analyse du comportement du fonctionnaire : celui-ci n'avait pas eu un comportement en privé susceptible de porter gravement atteinte à la dignité militaire ou au renom de l'armée dans la mesure où il avait conservé à la relation qui lui était reprochée un caractère strictement privé et qu'en plus il n'avait pris aucune part à la publicité qui lui avait été donnée⁵¹⁹.

En définitive, à supposer que l'incompatibilité ne relève pas du seul critère objectif qui retient les fautes liées à la déconsidération et à l'honneur de la fonction publique, difficilement surmontable, le critère subjectif de l'incompatibilité fonctionnelle se fera, selon nous, à travers trois critères principaux : la fonction publique d'élection de l'agent, les fonctions qu'il exerce (rang hiérarchique) et son implication dans la publicité des faits. C'est dans cet interstice que se niche la part de subjectivité des incompatibilités fonctionnelles.

⁵¹⁷ CAA., 10 avril 2003, Nancy, n° 98NC02496- sanction annulée ; CAA, 8 mars 2006, Versailles, n° 04VE00424- sanction confirmée.

⁵¹⁸ C.E., 15 juin 2005, req. n° 261691.

⁵¹⁹ On ajoutera qu'il aurait été pour le moins incongru qu'en 2005, date du jugement, soit juste trente ans après l'abrogation des articles du code pénal condamnant l'adultère (1975), les juges reconnaissent à la sanction disciplinaire une valeur juridique.

Conclusion du chapitre II

Des développements qui précèdent, il résulte qu'aux incompatibilités écrites, purement prescriptives, s'ajoutent des incompatibilités fonctionnelles (de fait ou de situation). Ces deux grands types d'incompatibilités vont contraindre tout agent public à se situer et à s'interroger par rapport à son service, aussi bien dans le cadre de sa vie privée lorsqu'il s'absente, que dans celui de son avenir professionnel lorsqu'il décide de partir.

Reste, que notre conclusion sur ce chapitre se termine sur une ombre, celle qui couvre la pratique du "pantouflage" du début de carrière, que nous ne pouvons que déplorer, même si s'agissant de l'exigibilité du remboursement des frais de scolarité les choses semblent (*enfin*) évoluer. Un nouveau décret a été transmis pour examen au Conseil d'État le 19 décembre 2014 afin d'imposer « *à partir de la rentrée 2015, des règles plus homogènes en matière de remboursement des rémunérations perçues* »⁵²⁰, pour l'École polytechnique.

⁵²⁰ Réponse min., J.O., 10 fév. 2015, p. 898.

Conclusion du Titre II

Comme nous l'avons vu, la notion d'incompatibilité s'est faite à travers une double contrainte à la fois statutaire et déontologique, ce qui permet de rendre incompatible certaines activités, fonctions ou situations. L'étude de l'incidence du statut sur l'exercice des fonctions, puis de l'incidence des fonctions en marge de l'activité professionnelle nous donne toute la mesure de l'engagement dans l'emploi public. Le cadre statutaire et déontologique constitue un élément structurant du droit de la fonction publique, qui fait que la situation des fonctionnaires et des agents publics non titulaires ne pourra jamais être assimilée aux salariés du secteur public.

Conclusion de la première partie

En conclusion de cette première partie, il convient de se poser une question "d'étape" : compte tenu des évolutions de "l'activité administrative", qui se fait de plus en plus en interaction avec le secteur privé, par exemple, ne faudrait-il pas réaffirmer les impératifs qui conditionnent l'action administrative ? Nombre de publicistes le pensent. Un projet de loi de réécriture du statut de 1983, toujours en l'état, serait même en préparation au ministère de la fonction publique. Son intitulé tout en reprenant les termes existants de droits et obligations des fonctionnaires se verrait adjoindre la locution "déontologie", ce qui témoigne, selon nous, de la prise en compte de la contribution nécessaire et désormais incontournable du droit souple⁵²¹. Il devrait poser « pour la première fois, dans le statut de la fonction publique, la notion de conflit d'intérêt »⁵²² et reprendre des notions essentielles comme celle « d'impartialité », de « probité » et de « dignité »⁵²³.

⁵²¹ Projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, déposé par Mme Marylise Lebranchu, Ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, 17 juil. 2013.

⁵²² M.-C. de Montecler, *Des obligations nouvelles et des droits modernisés pour les fonctionnaires*, AJDA 2013, p. 1364.

⁵²³ Projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, 17 juil. 2013, préc..

On pourrait envisager plus, comme par exemple, considérer que l'entrée dans la fonction publique pourrait se faire par une prestation de serment aux devoirs qui s'attachent à la fonction publique d'élection, comme cela se fait pour les magistrats.

DEUXIÈME PARTIE

L'ENCADREMENT DES INCOMPATIBILITÉS

La rigueur du droit des incompatibilités dans la fonction publique se justifie dans un but de sauvegarde et de protection des fonctions. « *Ce souci est louable, mais à trop embrasser le droit étreint fort mal* »⁵²⁴, aussi il été considéré que les nécessités d'un dévouement à l'emploi public pourrait s'accompagner d'une nouvelle atténuation de la contrainte, qui va venir grever "différemment" les principes d'exclusivité et d'interdiction de tout cumul. S'agissant du pantouflage, le législateur n'étant intervenu que sur les délais, la contrainte reste inchangée sur les interdictions.

Toutefois, nous verrons que rien ne serait plus faux que de considérer que les évolutions intervenues sont venues modifier intrinsèquement un droit qui, par nature, est un droit du déséquilibre. La satisfaction de l'intérêt général qui permet l'usage de prérogatives particulières dans l'action administrative, a toujours pour corolaire une contrainte forte sur ceux qui en ont la charge. Aussi, tout comme il n'y a pas de réglementation professionnelle sans contrôle de son respect et sans sanction de sa violation, tout manquement engendrera ses conséquences. L'agent public est donc prévenu, il ne doit pas méconnaître ses obligations, d'autant qu'il est toujours possible, dans les cas les plus graves, que le juge répressif ait à se prononcer.

TITRE I- LA NOUVELLE ARTICULATION DU RÉGIME DES INCOMPATIBILITÉS

TITRE II- LES SANCTIONS CONTRE L'AGENT PUBLIC EN SITUATION D'INCOMPATIBILITÉ

⁵²⁴ M. Carius, *Cumuls et pantouflage dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 2001, préc., p. 19.

TITRE I

LA NOUVELLE ARTICULATION DU RÉGIME DES INCOMPATIBILITÉS

Jusqu'à l'entrée en vigueur du dispositif issu de la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007⁵²⁵, les activités qui se faisaient en marge de l'activité principale étaient soumises à un dispositif devenu complexe, comme nous l'avons vu. L'alinéa 2 de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, dans son ancienne rédaction, renvoyait, par une simple locution (« *Toutefois...* ») à un décret-loi⁵²⁶ le soin de préciser les limites et les conditions pour lesquelles il pourrait être permis de déroger à l'interdiction d'exercer une activité privée accessoire⁵²⁷. Sachant que ce dernier texte était lui-même source d'une interprétation par le code du travail, jugée ambiguë, en raison de codifications erronées, la doctrine et les juridictions administratives considéraient, au regard de la longévité et de l'inefficience de la réglementation, qu'il fallait en changer⁵²⁸. Les règles régissant les incompatibilités ont donc été revues. Dans le prolongement de cette volonté réformatrice, le champ des activités autorisées en a été aussi modifié. Toutefois, en contrepoint, le contrôle a été renforcé que l'agent soit toujours en fonction ou sur le départ (pantouflage).

De cette nouvelle articulation du régime des incompatibilités dans la fonction publique, nous aborderons les changements intervenus en matière de cumul accessoire (**Chapitre I**), puis le contrôle des activités envisagées, lorsque l'agent reste en fonction ou s'éloigne du service, qui a été renforcé (**Chapitre II**).

⁵²⁵ L. n° 2007-148, 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, JORF, 6 fév., préc..

⁵²⁶ Décret-loi du 29 oct. 1936.

⁵²⁷ Précision : L'art. 25 ne concernait que l'interdiction sur les activités privées. Le cumul de l'activité principale avec un emploi public se faisait en vertu d'un dispositif autonome. Sur ce point nous verrons que cela n'a pas changé.

⁵²⁸ Voir supra pp. 88-90.

CHAPTIRE I

LES CONCILIATIONS DU DROIT DÉROGATOIRE DES CUMULS

Le réforme de 2007 a été largement commentée, si certains auteurs préfèrent l'emploi du terme de "refonte" à celui de "réforme", Manuel Carius retient celui de « *renovation* » en s'appuyant sur l'exposé des motifs de la loi de modernisation de la fonction publique qui l'utilise en ce sens pour les cumuls d'activités ; encore, précise t'il, que cela vaut surtout pour les exceptions traditionnelles de la législation anti-cumul, puisque la loi innove également par de nouvelles dérogations, notamment, en vue de favoriser la création ou la reprise d'entreprises par des agents publics⁵²⁹.

Les parlementaires, lors des travaux préparatoires de la loi de modernisation de la fonction publique, y voyaient une « *redéfinition* », une « *rationalisation* », et même une « *clarification* » afin d'éviter aux agents « *une incertitude quant à la conformité de leur activité avec leurs obligations statutaires* »⁵³⁰.

Selon nous, nous sommes sur une nouvelle articulation du régime des incompatibilités, qui peut être qualifiée de réforme. La nouvelle réglementation dérogatoire au principe d'exclusivité issue de la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique⁵³¹, complétée par les décrets de 2007⁵³² et 2011⁵³³, en abrogeant

⁵²⁹ M. Carius, Feu le décret du 29 octobre 1936, AJDA 2007, p. 521.

⁵³⁰ Rapport (J.-A. BENISTI) n° 3173 de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de modernisation de la fonction publique, 21 juin 2006, p. 21.

⁵³¹ L. n° 2007-148 du 2 fév. 2007 de modernisation de la fonction publique, JORF, 6 fév., préc..

⁵³² D. n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat, JORF, 3 mai, préc..

⁵³³ D. n° 2011-82 du 20 janv. 2011 modifiant le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État, JORF 22 janv..

le décret-loi du 29 octobre 1936 et les textes qui s'y rattachaient⁵³⁴, n'a pas fait que créer de nouvelles dérogations, elle a permis une plus grande "pluriactivité"⁵³⁵ dans certaines hypothèses. Nous ne sommes plus uniquement sur un usage toléré d'une liberté d'exercice d'une profession découlant de la nature des fonctions, sur une liberté individuelle et essentielle qui permettait la création d'une œuvre littéraire ou artistique, ou sur une libéralité de gestion d'un patrimoine personnel et familial.

Le nouveau régime de cumul ne fait pas qu'innover par bien des aspects en modifiant les hypothèses d'un possible "aménagement" avec d'autres activités, désormais « *plus nombreuses et plus clairement précisées* »⁵³⁶, il rend ainsi possible, par exemple, le cumul pour la création, la reprise ou la poursuite d'activité dans une entreprise industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole (**section 2**). Ensuite, il n'a pas été restreint aux seuls fonctionnaires des trois fonctions publiques civiles ; certains agents qui en étaient jusqu'à présent exclus, ont vu leur situation évoluer (**section 1**).

⁵³⁴ Les articles L. 324 et suivants du code du travail, préc..

⁵³⁵ La pluriactivité peut se définir comme l'exercice simultané de deux professions ou activités professionnelles. Appliquée à la fonction publique c'est l'exercice d'un emploi public et d'une activité privée ou publique.

⁵³⁶ Circ. n° 2157 du 11 mars 2008, préc., p. 2, préc..

SECTION I

UN CHAMP D'APPLICATION ORGANIQUE DU CUMUL ÉLARGI

Sous l'ancienne réglementation, la situation des personnels administratifs n'était pas réglée de la même manière, le droit dérogatoire ne s'appliquait que pour certains d'entre eux. Le nouvel article 25 de la loi du 13 juillet 1983, tel qu'il a été modifié par la loi du 2 février 2007⁵³⁷ et complété par le décret du 2 mai 2007⁵³⁸, a entendu s'ouvrir plus largement⁵³⁹. S'il concerne toujours les fonctionnaires rattachés au statut général (Titre I) (§1), il intègre aussi, désormais, les non titulaires (§2).

§1.- Les fonctionnaires

Alors qu'une exclusion formelle ou déduite a été maintenue pour les militaires, les magistrats de l'ordre judiciaire et les fonctionnaires des assemblées parlementaires (B), les restrictions de cumul qui prévalaient pour les fonctionnaires à temps partiel du statut général (Titre I) ont été levées (A).

A. L'intégration des fonctionnaires à temps partiel au nouveau dispositif

Comme nous l'avons vu lorsque nous avons abordé les évolutions concernant l'obligation d'exclusivité, les fonctionnaires à temps partiel de la fonction publique territoriale et hospitalière ne pouvaient bénéficier du droit dérogatoire à l'interdiction de cumul⁵⁴⁰. Cette exclusion se faisait en vertu d'un raisonnement simple : « *Dès lors qu'un agent fait le choix de ne pas exercer l'ensemble des obligations de service, et en obtient l'autorisation de son administration, il ne doit pas utiliser le temps libre qu'il a ainsi dégagé pour entreprendre une autre activité rémunérée* »⁵⁴¹.

⁵³⁷ L. n° 2007-148 du 2 fév. 2007, préc..

⁵³⁸ Art. 1, D. n° 2007-658 du 2 mai 2007, préc.

⁵³⁹ Les décrets qui suivront ne porteront que sur de nouvelles dérogations et ne concerneront pas les personnels.

⁵⁴⁰ Pour rappel la faculté de créer des emplois à temps incomplet ou à "temps non complet" n'a jamais été possible pour la FPE (voir supra p. 93).

⁵⁴¹ Rapport du Conseil d'État au Premier Ministre sur *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, 1999, La doc. fr., 1999, p. 20, préc..

Avec le décret du 2 mai 2007, le législateur revient sur cette interdiction de cumul et ouvre à ces personnels une possibilité de cumul, sans distinction de temps d'activité. Désormais, tous les fonctionnaires du statut général seront libres de cumuler.

Certains considèrent que ce « *nouveau dispositif permet de corriger la situation (de ces fonctionnaires) dont la pluriactivité était le plus souvent nécessaire* »⁵⁴². Sans autre considération que l'intérêt public, nous voulons y apporter une réserve car pour nous le raisonnement qui prévalait auparavant n'était pas dénué de sens et reste toujours à prendre en compte. Pourquoi donner ainsi une prime au cumul à ceux qui s'absentent ? Cela ne va-t-il pas favoriser une dispersion qui sera, par définition, plus facile ? Ce risque, nous le supposons, le législateur, en 2006, dans sa rédaction de l'avant projet de loi sur la modernisation de la fonction publique qui sera votée quelques mois plus tard⁵⁴³, le pressentait. Il en a très certainement vu la possibilité lorsque, un temps, il prévoyait qu'il ne pourrait être dérogé à l'obligation d'exclusivité, pour ces personnels, que s'ils étaient créateurs d'entreprise⁵⁴⁴. Nous déplorons, qu'il ait fini par y renoncer, non pas pour ce qui concerne les créateurs d'entreprise, mais dans une considération plus générale, pour ce qui touche à l'ensemble des dérogations. La première approche d'un ciblage des dérogations était pour nous la meilleure. Il aurait été plus pertinent de leur accorder les dérogations générales qui se font au nom d'une liberté et, pour les autres, celles soumises à autorisation, de regarder dérogation par dérogation. On aurait pu restreindre le dispositif en tenant compte de contraintes propres à chaque fonction publique. En renonçant à toute restriction⁵⁴⁵, en faisant une réforme d'ensemble qui ne fait pas de distinction selon que l'agent est à temps plein ou à temps partiel, le législateur permet certes de gagner en lisibilité mais rend-t-il service à la personne publique que l'agent sert ? Le fonctionnaire ne sera-t-il pas tenté, par exemple, de se mettre à temps partiel pour bénéficier de la dérogation qui lui permet de gérer librement son patrimoine personnel ou familial ? Il est à regretter que l'intérêt particulier du

⁵⁴² S. Richard Misrai, *L'interdiction du cumul dans le secteur public : du principe à l'exception*, AJFP 2012, p. 7.

⁵⁴³ Rapport (J.-A. Benisti) n° 3173 de l'A.N. sur le projet de loi de modernisation de la fonction publique, 21 juin 2006, La doc. fr, préc..

⁵⁴⁴ *Ibid*, p. 28.

⁵⁴⁵ Même si en théorie l'article 10 du décret du 2 mai 2007 offre la possibilité de définir par voie réglementaire (décret) des « *conditions particulières plus restrictives* ».

fonctionnaire puisse ainsi entrer en concurrence avec l'intérêt de l'administration, sauf à considérer que tout se vaut.

B. Le maintien de l'exclusion de certains fonctionnaires

"L'ouverture" qui a été voulue par le législateur de 2007 porte uniquement sur le statut général de la fonction publique. Sa volonté de regrouper et d'organiser plus largement les dérogations ne s'est faite qu'autour du socle commun des fonctionnaires de l'État, des collectivités territoriales et établissements hospitaliers. Le nouveau dispositif n'a pas eu pour vocation de prendre en compte toutes les situations liées au fonctionnariat. L'article 2 de la loi du 13 juillet 1983 (Titre I) qui exclut expressément les fonctionnaires d'État des assemblées parlementaires⁵⁴⁶ et les magistrats de l'ordre judiciaire n'en a pas été modifié. De même, à ces exclusions formelles, s'ajoute les fonctionnaires qui sont régis par des statuts particuliers, comme celui des militaires qui disposent d'un statut autonome.

Comme il a été dit précédemment, il a été considéré que la situation de ces personnels devait demeurer inchangée pour des raisons d'indépendance liées aux fonctions, pour les fonctionnaires des assemblées parlementaires et les magistrats de l'ordre judiciaire, et pour des motifs de fonctionnement, pour les militaires⁵⁴⁷. Il en résulte, par voie de conséquence, qu'une obligation d'exclusivité "renforcée" et qu'une interdiction stricte de tout cumul pèsent sur eux.

Toutefois, s'agissant des militaires, il convient de préciser ce fait qui tient à la durée de leurs carrières. On le sait, elle est plus courte que celle des magistrats, pour reprendre l'autre catégorie de fonctionnaires exclue de la réforme de 2007. En conséquence, leur droit à la retraite est acquis plus tôt. Or, en principe, les articles L. 84 et suivants du code des pensions civiles et militaires de retraite leur rendent incompatible, en tant que bénéficiaires d'une pension militaire, tout cumul avec une activité privée ou publique. Ce motif qui remonte au décret loi de 1936 qui s'attachait

⁵⁴⁶ Art. 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires : « *Les agents titulaires des assemblées parlementaires sont des **fonctionnaires de l'État dont le statut est fixé par le bureau de chaque assemblée*** » (v. Y. Palau, *L'évolution du statut des personnels des assemblées parlementaires*, RFD const. 1998 p. 321).

⁵⁴⁷ Voir supra pp. 33-36.

aussi au cumul de retraites⁵⁴⁸ et qui avait aussi pour fondement l'article 1 du code précité, qui tient compte dans le calcul du montant de la pension « *des conditions matérielles d'existence en rapport avec la dignité de (la) fonction* »⁵⁴⁹, ne pouvait en toute logique perdurer en considération de l'espérance de vie qui s'est rallongée et aussi au regard des contradictions juridiques qu'il entretenait, puisqu'il se heurtait au principe constitutionnel retenu à l'article 5 du préambule de 1946 qui pose le principe d'un droit au travail⁵⁵⁰. Aussi le cumul successif, à l'inverse du cumul simultané (cumul réel), est donc toujours possible s'il s'inscrit dans le respect des obligations relatives au pantouflage que nous avons étudié précédemment et qu'il tient compte des limitations réglementaires de rémunération et d'âge qui s'y appliquent dans le cas d'un cumul avec un emploi public⁵⁵¹.

§2.- Les agents publics non titulaires de droit public

En s'appuyant sur le socle commun aux trois fonctions publiques, constitué par le Titre I, le législateur a donc considéré qu'il fallait intégrer les non titulaires de droit public au dispositif de 2007 en leur accordant le droit au cumul d'activités.

Cela vise :

- les agents non titulaires de l'État⁵⁵², les agents non titulaires de la fonction publique territoriale⁵⁵³ et les agents contractuels des établissements hospitaliers⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ Art. 16 du D.-L. du 29 oct. 1936 relatif aux cumuls **de retraites**..., préc., abrogé par l'art. 23 de la loi du 2 fév. 2007, préc.. Ce texte réglait aussi le cumul de retraite des fonctionnaires militaires.

⁵⁴⁹ Art. 1, code des pensions civiles et militaires de retraite

⁵⁵⁰ Art. 5, préambule de la constit. du 27 oct. 1946 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ».

⁵⁵¹ Par ex, tout cumul d'une pension de retraite avec des revenus tirés d'une activité artistique ne pourra souffrir d'aucune limitation. Le cumul est dit "intégral" (CAA, Nantes, 26 juin 2003, req. n° 01NT00464, cité par S. Guérard, *Les cessations définitives de fonctions*, Encyclopédie des collectivités locales, Dal., sept. 2014).

⁵⁵² C'est ceux qui entrent dans le champ d'application du D. n° 86-83, 17 janv. 1986 modifié.

⁵⁵³ C'est ceux qui entrent dans le champ d'application du D. n° 88-145, 15 fév. 1988 modifié.

⁵⁵⁴ C'est ceux qui entrent dans le champ d'application du D. n° 91-155, 6 fév. 1991 modifié.

- S'y ajoutent les ouvriers des établissements industriels de l'État, en tant qu'agents publics non fonctionnaires⁵⁵⁵.

- Enfin, sont soumis au respect des règles relatives au cumul d'activités les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales selon des règles propres puisque l'article 21 du décret du 2 mai 2007 tout en les autorisant « à exercer au titre d'une activité accessoire les fonctions de collaborateur d'un député à l'Assemblée nationale, d'un sénateur ou d'un représentant au Parlement européen » les soumet « aux incompatibilités prévues à l'article 2 du décret du 16 décembre 1987⁵⁵⁶ »⁵⁵⁷, qui rend la qualité de collaborateur d'une autorité territoriale « incompatible avec l'affectation à un emploi permanent d'une collectivité territoriale relevant de la loi du 26 janvier 1984 »⁵⁵⁸.

On notera que ce droit de cumul d'activités se fait, comme pour les fonctionnaires, sans distinction que les fonctions s'exercent à temps complet ou à temps partiel, puisque la loi de 2007 a supprimé, là aussi, toutes les dispositions restrictives qui s'imposaient aussi à ces agents publics.

Reste à savoir comment cette intégration du « *non-titulariat* »⁵⁵⁹ doit se comprendre. Si l'obligation d'exclusivité qui leur est applicable par le statut général s'inscrit dans une transposition d'une jurisprudence bien établie en droit interne, comme nous l'avons déjà dit⁵⁶⁰, son corolaire qui est la possibilité d'y déroger dans les mêmes conditions que pour les fonctionnaires, doit nous interroger.

⁵⁵⁵ C'est ceux qui entrent dans le champ d'application du D. n° 2004-1056, 5 oct. 2005.

⁵⁵⁶ D. n° 87-1004, 16 déc. 1987 relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales.

⁵⁵⁷ Art. 21, D. n° 2007-658 du 2 mai 2007, préc..

⁵⁵⁸ Art. 2 D. n° 87-1004, 16 déc. 1987 relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales.

⁵⁵⁹ Expression utilisée par C.-B. Steindecker, *Les agents non titulaires, acteurs et enjeux de l'évolution de la fonction publique*, Thèse IEP Paris, 1988, citée par C. Moniolle, *Le « non-titulariat » dans la fonction publique de l'État : un phénomène inéluctable*, AJFP 1998, p. 45.

⁵⁶⁰ Le C.E. a depuis longtemps appliqué « indifféremment cette règle (d'exclusivité) aux agents publics titulaires et non titulaires » (O. Dupuy, *Les activités accessoires des agents publics après la réforme du 2 février 2007*, RFDA 2008, p. 160 ; v. C.E., 24 janv. 1986, *Hodebert*, req. n° 46522, cité par O. Dupuy, préc.).

Cette intégration à un statut qui ne leur était jusque là pas réservé, s'est-elle faite en considération de leur "état", afin d'améliorer une précarité si souvent décriée, ou a-t-elle d'autres visées ?

Une volonté d'améliorer leur condition ? Selon nous, rien de tel. Par déduction, nous pensons que cette intégration correspond à une approche globale de la fonction publique. Elle s'est faite afin de les inciter à "s'émanciper" de leur emploi public, à "s'ouvrir" sur le privé. L'argumentation est audacieuse mais elle peut être retenue. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre le rapport de la Commission pour la libération de la croissance française (dite commission Attali) de 2008, qui a eu un impact sur le dispositif dérogatoire par l'introduction de la possibilité de devenir auto-entrepreneur pour les agents publics⁵⁶¹, où il est dit que « *les français doivent savoir que l'avenir de l'emploi n'est plus dans la fonction publique* »⁵⁶².

Aussi ce serait à tort, selon nous, pour ce qui tient plus spécifiquement aux non titulaires, de croire que le législateur ait voulu revenir sur la situation qui leur était faite. D'ailleurs a-t-elle vraiment changé ces dernières années ? Il suffit pour en douter de comparer les possibilités de progression de carrière : elle est limitée à certains postes, pour ne pas faire concurrence aux statutaires ; à l'avancement au grade du fonctionnaire répond, toujours, une grille qui ne comporte que quelques échelons pour ces personnels (sans automaticité de passage de l'un à l'autre, comme pour les personnels sous statut).

Et il est inutile de rechercher dans la généralisation des contrats à durée indéterminée un argument contraire allant dans le sens d'une considération de leur "état". Cette redéfinition des conditions d'emploi, comme nous l'avons déjà dit, correspond à la transposition dans notre droit de la directive 1999/70/CE du Conseil du 18 juin 1999, qui a élargi la possibilité pour les contractuels d'occuper des emplois permanents⁵⁶³. Même si cela a permis de revenir sur une précarité de l'emploi pour certains agents, ce qui n'est pas rien, nous le concevons, cet avantage doit être relativisé,

⁵⁶¹ Entrée en application dans la fonction publique en 2011 avec le D. n° 2011-82 du 20 janv. 2011 modifiant le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État, JORF 22 janv..

⁵⁶² Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, 23 janv. 2008, p. 11.

⁵⁶³ L. n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transpositions du droit communautaire à la fonction publique, JO 27 juil. (en l'espèce, la directive 1999/70/CE du Conseil du 18 juin 1999).

car même pour ces personnels les choses n'évoluent pas grandement. Ils restent en "marge" du fait, là aussi, que « *leur régime ne leur accorde pas les mêmes garanties que celles octroyées aux fonctionnaires* »⁵⁶⁴.

De plus, nous pensons comme Sophie Soykurt, que toutes les évolutions qui tendent à faciliter le passage au contrat indéterminé ne se font que dans le but non avoué de revenir sur le « *principe du recrutement des fonctionnaires pour occuper des emplois permanents* ». D'ailleurs, s'agissant de la dernière loi allant dans ce sens, celle du 12 mars 2012⁵⁶⁵, Sophie Soykurt s'interroge : « *la vigueur avec laquelle le législateur n'a de cesse d'affirmer (qu'il ne reviendra pas sur le principe du recrutement des fonctionnaires pour occuper des emplois permanents) peut amener à s'interroger sinon sur la sincérité de cette incantation, du moins sur sa crédibilité* »⁵⁶⁶.

Mais alors comment considérer cette intégration ? Nous pensons, comme Olivier Dupuy, qu'elle s'est faite, en partie, dans un objectif de libération des emplois publics. Reprenant la dérogation sur la création d'entreprise, qui oblige l'agent public au bout de trois ans (maximum) à opter soit pour l'emploi public, soit pour la continuation de l'activité accessoire, Olivier Dupuy dit qu'au-delà de son caractère incitatif à "entreprendre", la réforme est aussi « *susceptible d'encourager, dans le même temps, la diminution des fonctionnaires (et des non titulaires), (ce qui n'a guère été mentionné lors des travaux préparatoires)* »⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ C. Moniolle, *Le « non-titulariat » dans la fonction publique : un phénomène inéluctable*, AJFP 1998, p.45.

⁵⁶⁵ L. n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique.

⁵⁶⁶ S. Soykurt, *La loi du 12 mars relative à l'accès des agents contractuels de la fonction publique à l'emploi titulaire*, AJFP 2012, p. 178.

⁵⁶⁷ O. Dupuy, *Les activités accessoires des agents publics après la réforme du 2 février 2007*, RFDA 2008, p. 160.

SECTION II

UN CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DU CUMUL DIVERSIFIÉ

Au titre des cumuls "libres" sur simple déclaration, c'est-à-dire non soumis au régime de l'autorisation, on trouve ceux qui le sont au nom d'une « *liberté essentielle* »⁵⁶⁸ inscrits à l'article 25-III du statut général de la fonction publique. Nous y rangeons également, au titre des innovations⁵⁶⁹, celle qui permet l'exercice d'une activité bénévole pour le compte d'un organisme non lucratif⁵⁷⁰ (§1).

Au titre des cumuls soumis à autorisation, figurent ceux qui existaient sous l'ancien dispositif, auxquels s'ajoutent des dérogations très diverses que nous avons tenté de regrouper par types, pour gagner en lisibilité (§2).

§1.- Les cumuls autorisés sans autorisation au titre d'une « *liberté essentielle* »

Au titre des cumuls "libres" on retrouve la libre détention des parts sociales, et la libre de gestion du patrimoine personnel et familial (A), la production des œuvres de l'esprit (B), l'exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions (C), et enfin, l'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif (D).

A. La libre détention des parts sociales, et la libre gestion du patrimoine personnel et familial

En vertu du nouvel article 25-III, alinéa 1, du Titre I du statut général : « *Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent librement détenir des parts sociales et percevoir les bénéfices qui s'y attachent. Ils gèrent librement leur patrimoine personnel ou familial* ». Ce cumul se veut restrictif. Il n'est possible qu'à la

⁵⁶⁸ Qualifiées ainsi par la circ. n° 2157 du 11 mars 2008 portant application de ce nouvel article et du décret du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État, p. 5.

⁵⁶⁹ Les trois premiers cumuls étaient prévus par l'ancienne réglementation, notamment par l'art. 3 du décret-loi de 1936, préc..

⁵⁷⁰ En vertu de l'article 4 du décret du 2 mai 2007 : « *l'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif est libre* ».

condition qu'il ne soit pas en contravention avec l'interdiction de l'article 25-I, alinéa 2, 1°) qui prohibe : « *La participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts* » (article 25-I, alinéa 2, 1°), c'est-à-dire « *la participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations* » n'ayant pas le caractère d'œuvres « *sans but lucratif qui présentent un caractère social ou philanthropique et dont la gestion est désintéressée* »⁵⁷¹. Toute participation à un acte de gestion en qualité de gérant ou de dirigeant d'une entreprise à but lucratif, ou même d'une société civile immobilière constituée pour la gestion d'un patrimoine immobilier, est interdite. Afin de ne pas entrer dans la prohibition de l'article 25, l'agent public ne peut percevoir que les bénéfices qui s'attachent à une qualité d'actionnaire. Ainsi, en 2012, il a été considéré par la cour administrative d'appel de Nantes que l'activité d'exploitation de salles de réception dont la promotion était assurée par un site internet spécialement dédié mentionnant notamment les coordonnées personnelles de l'agent afin de pouvoir les louer, devait être regardée comme ayant été exercée à titre professionnel, activité, qu'en l'espèce, l'intéressé n'avait jamais été autorisé par son employeur public. De ce non respect de l'article 25, les juges d'appel considéraient que la décision de révocation se justifiait⁵⁷². « *À cet égard la loi ne vient pas assouplir une jurisprudence assez stricte* »⁵⁷³, pour reprendre l'analyse prédictive que faisait Manuel Carius sur cette dérogation de l'article 25-III par rapport à l'interdiction de l'article 25-I, dans son article de référence : « *Feu le décret du 29 octobre 1936* »⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Art. 261, b du 1° du 7 du code général des impôts.

⁵⁷² CAA de Nantes, 14 mai 2012, req. n° 11NT00871.

⁵⁷³ CE 23 octobre 1959, *Tordjman*, Lebon p. 1018 ; CE 25 janvier 1995, *Ministre de la Justice*, req. n° 120726, cité par M. Carius, *Feu le décret du 29 octobre 1936*, AJDA 2007, p. 521, préc..

⁵⁷⁴ M. Carius, *Feu le décret du 29 octobre 1936*, AJDA 2007, p. 521, préc..

V. aussi, M. Carius, *Cumuls et agents publics*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 222 », 2002.

B. La production des œuvres de l'esprit

En vertu du nouvel article 25-III, alinéa 2, du Titre I du statut général : « *La production des œuvres de l'esprit au sens des articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle s'exerce librement, dans le respect des dispositions relatives au droit d'auteur des agents publics et sous réserve des dispositions de l'article 26 de la présente loi* ».

Si l'on se réfère à la liste très exhaustive de l'article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle, sont considérées comme œuvres de l'esprit :

« Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques (1°) ; les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature (2°) ; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales (3°) ; les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement (4°) ; les compositions musicales avec ou sans paroles (5°) ; les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles (6°) ; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie (7°) ; les œuvres graphiques et typographiques (8°) ; les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie (9°) ; les œuvres des arts appliqués (10°) ; les illustrations, les cartes géographiques (11°) ; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences (12°) ; les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire (13°) ; les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture,

les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement (14°) ».

Compte tenu de l'ampleur de cette liste qui fait appel aux qualités les plus variées, le juge, plus juriste qu'artiste, est souvent revenu sur des vocations soudaines pour contenir l'enthousiasme de certains. Lui revenant l'obligation « *d'apporter une définition à la notion d'œuvre susceptible d'être effectuée par l'agent public* »⁵⁷⁵, l'on remarque à la lecture de ses arrêts, pas forcément récent puisque la dérogation était prévue par l'article 3 du décret-loi du 29 octobre 1936, l'importance qu'il attache au caractère artistique de l'activité.

Ainsi, il n'a pas été convaincu du caractère artistique revendiqué par un agent qui prenait les photos de classes de fin d'année, qu'il jugeait limité⁵⁷⁶. De même, la rédaction d'ouvrages dont le financement était assuré par le contenu publicitaire qui s'y trouvait, n'a pas été jugée favorablement par lui⁵⁷⁷. En revanche, dans d'autres affaires, il n'a pu se déclarer réellement compétent pour apprécier le travail d'un agent et n'a pu que constater : qu'un professeur de musique pouvait exercer une activité de musicien au sein d'un orchestre philharmonique⁵⁷⁸ ; ou encore, que derrière une sculpture, pouvait se cacher un sculpteur⁵⁷⁹.

C. L'exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions

En vertu du nouvel article 25-III, alinéa 3, du Titre I du statut général : « *Les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique peuvent exercer les **professions libérales** qui découlent de la nature de leurs fonctions* ».

Par "profession libérale", il est à considérer, au regard de la jurisprudence qui s'appliquait à l'article 3 du décret-loi du 29 octobre 1936, qui contenait cette dérogation,

⁵⁷⁵ M. Lanord, *Le cumul d'un emploi public et d'une activité lucrative : un débat faussé*, AJFP 2003, p. 27.

⁵⁷⁶ C.E., 8 oct. 1990, req. n° 107762.

⁵⁷⁷ C.E., 19 mars 1997, *M. Cannard*, req. n° 133338.

⁵⁷⁸ C.E., 8 nov. 2000, *Thévenet*.

⁵⁷⁹ C.E., 20 janv. 1992, Min. de l'économie c/ M. Baladi, req. 76785.

que l'interprétation de la notion se fera de manière restrictive. Ainsi, à titre d'exemples, un professeur exerçant dans le domaine des sciences ne pourra s'improviser expert comptable, mais si cette compétence est certifiée par un diplôme⁵⁸⁰. De même, un professeur agrégé de sciences sociales, exerçant dans un lycée, ne pourra exercer une activité d'avocat⁵⁸¹. La question pourrait se poser si l'enseignement prodigué était juridique⁵⁸². Toutefois, dans ce cas, considérant ce qui a été dit sur le sujet précédemment, par application des interdictions de plaider des Professeurs d'Université contre l'État, régis par un statut particulier, en vertu de l'incompatibilité posée à l'article 25-I, alinéa 2, 2^o⁵⁸³, cela ne pourrait se faire que si la partie adverse n'est pas une administration⁵⁸⁴.

D. La liberté d'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif

Cette liberté doit être comprise comme l'exercice d'une activité bénévole qui relève de la vie privée de l'agent. Toutefois, son droit à s'engager au profit d'une personne publique ou privée, sans but lucratif, ne l'autorise pas à ne pas respecter les interdictions de l'article 25-I alinéa 2, 1^o) qui prohibe la participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations, sauf si deux conditions sont remplies de manière **cumulative** : une société poursuivant un objet désintéressé (sans but lucratif) et que la participation de l'agent à la gestion ne lui procure ni rémunération, ni avantage matériel⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ C.E., 3 déc. 1986, Min. de l'éducation nationale c/ Sieur Vinck, req. n° 62925 « *eu égard au contenu et au niveau des enseignements dispensés par les professeurs certifiés de sciences et techniques économiques des lycées et collèges, la profession d'expert-comptable ne peut pas être regardée comme découlant de la nature des fonctions exercées par ces professeurs* ».

⁵⁸¹ C.E., 24 nov. 1982, *Delpy*, req. n° 11650.

⁵⁸² Aucune jurisprudence sur un tel cas, s'agissant d'un professeur de lycée.

⁵⁸³ Il est interdit « *de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique* » (art. 25-I, alinéa 2, 2^o, Titre I du statut général de la fonction publique).

⁵⁸⁴ V. C.E., 9 novembre 1954, *Bertrand*, rec. p. 583 (interdiction de plaider contre l'adm. des domaines) ; C.E., 6 novembre 1992, *Min. de l'Éco. c/ SCI Les Hameaux de Perrin*, (interdiction de plaider contre l'administration fiscale).

⁵⁸⁵ Sur un développement sur les deux conditions cumulatives, v. les avis du Conseil d'État du 9 février 1949, du 24 septembre 1952 et du 20 juillet 1955, mentionné au B), §2, sect. 2, chap. 1, Titre II, Partie I (*L'interdiction des intérêts "non désintéressés"*) qui ont été repris dans de l'art. 25-I alinéa 2, 1^o) par renvoi aux conditions fixées au b du 1^o du 7 de l'art. 261 du général des impôts.

De même, il doit respecter la prohibition de l'article 25-I, alinéa 2, 2° qui interdit qu'un agent public puisse, par l'exercice d'une activité secondaire, s'opposer à son administration en donnant des consultations, en procédant à des expertises ou en plaidant.

§2.- Les cumuls d'une activité accessoire soumis à l'autorisation préalable

En vertu du statut pour le fonctionnaire, ou du contrat pour l'agent non titulaire, sa fonction administrative est qualifiée en droit de la fonction publique de "principale", par opposition à l'activité qu'il cumule, qui est réputée d'activité "accessoire". Ces qualifications d'activité "principale" ou "accessoire" se sont imposées dans le temps et sont souvent utilisées par le juge pour un rappel des impératifs de service qui ne seraient être concurrencés ou contrariés par une autre activité, secondaire par nature. L'activité accessoire se faisant toujours par dérogation au principe d'interdiction, de portée générale⁵⁸⁶.

A. Les activités de valorisation d'une compétence

1. Les expertises ou consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privé

A la différence de la dérogation de l'article 25-III, alinéa 3, du Titre I du statut général, cette dérogation n'est pas limitée aux compétences qui « *découlent de la nature de leurs fonctions* ». Aussi, comme la dérogation s'inscrit dans un domaine des plus vastes, la circulaire du 11 mars 2008 précise que ce cumul accessoire ne peut entrer en contravention avec les « *règles déontologiques qui s'imposent aux agents publics* »⁵⁸⁷. Comme cette dérogation se fait après autorisation, on suppose qu'il ait demandé à l'agent d'avoir un comportement qui s'attache, dans le cadre de cette activité accessoire, à être exempt de tout reproche quant au respect des obligations de service (obligation de réserve, de confidentialité...). S'ajoute les obligations fonctionnelles que nous avons

⁵⁸⁶ C'est un marqueur important du droit de la fonction publique. Pour un dernier arrêt en ce sens, voir CAA de Nancy, 6 août 2009, req. n° 08NC01097, AJFP 2009, n°6, p. 300, C. Fortier, *Pas de cumul de rémunérations pour les doctorants sous contrat* !.

⁵⁸⁷ Circ. du 11 mars 2008 préc., p. 9.

étudiées précédemment et qui indéniablement vont trouver à s'appliquer. Tout comportement ou tout fait inapproprié, même s'il n'entre pas dans le cadre d'une sanction pénale, pourra être sanctionné au niveau disciplinaire. D'autant que la circulaire précise que la sauvegarde de la réputation ne se fait pas uniquement au niveau de la personne publique qui l'emploie, mais de l'administration tout entière⁵⁸⁸.

Enfin, s'agissant de la notion "d'entreprise", elle se veut souple puisqu'elle se fait sans distinction, que l'entreprise soit privée ou publique, à condition pour cette dernière qu'elle se livre à des activités économiques dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé⁵⁸⁹.

2. Enseignements ou formations

Comme on n'est pas dans une compétence qui découle des fonctions, qui permettrait à l'agent d'échapper à l'autorisation (article 25-III, alinéa 3, du Titre I du statut général), la circulaire du 11 mars 2008 demande que l'autorité accordant la permission sollicite de son agent « *les informations les plus précises sur l'objet exact de l'enseignement ou de la formation dont il s'agit ainsi que l'organisme au sein duquel il s'exercera* ». Ces précisions ne se font pas uniquement dans un but de vérification d'une compétence réelle ou supposée de l'agent, mais aussi de compatibilité avec « *le respect des règles déontologiques qui s'imposent aux agents* »⁵⁹⁰. Il s'agit de vérifier, là aussi, que l'enseignement ou la formation n'est pas de nature à porter déconsidération sur la fonction publique de l'agent. Enfin, à lire la circulaire et à la comparer au décret de 2007, on remarquera un attachement aux "formes", puisque le premier texte « *invite* » (« *Les administrations sont invitées à demander...* »⁵⁹¹), alors que le second oblige, conditionne et soumet.

⁵⁸⁸ Voir supra pp. 125-130.

⁵⁸⁹ Circ. du 11 mars 2008 préc., p. 9.

⁵⁹⁰ *Ibid*, p. 9.

⁵⁹¹ « *Les administrations sont invitées à demander...* », *Ibid*, p. 9.

3. Activités agricoles au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural (1er type⁵⁹²)

Au terme de ce premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural:

« sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Les activités de cultures marines sont réputées agricoles, nonobstant le statut social dont relèvent ceux qui les pratiquent. Il en est de même des activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation, à l'exclusion des activités de spectacle ».

Sont visées par cet article, les activités agricoles répondant à une politique dite de "tri-fonctionnalité", c'est-à-dire qui prend en compte l'économie, l'environnement et le social. Concrètement il s'agit de participer à l'aménagement du territoire selon une logique de développement dit durable⁵⁹³. Toutes les activités agricoles participant de ce mouvement pourront être autorisées si elles ne se font pas dans un cadre commercial. Sont, donc, visées les petites structures.

⁵⁹² Le décret vise deux types d'activités agricoles qui peuvent être autorisées. La première se fait au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural. Comme cela concerne une compétence « écologique » nous l'avons rangée dans cette classification. La deuxième a été classée dans la catégorie « familiale ».

⁵⁹³ V. en ce sens le rapport sur le projet de loi dit « *d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt* » de Germinal Peiro, du 13 décembre 2013.

B. Les activités "familiales"⁵⁹⁴

1. Activités agricoles (2ème type)

Sont concernées les activités exercées dans des exploitations constituées sous forme de société civile ou commerciale. Cette dérogation a été faite dans l'objectif de garantir une transmission du patrimoine familial qui surviendrait après une succession. En dehors de ce cas, l'exploitation ne peut être accordée qu'en application de la dérogation liée à la création ou la reprise d'une société civile ou commerciale et dans les conditions de durée qui se rattachent à cette autre dérogation (3 ans).

2. Activité de conjoint collaborateur

Cette activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale se fait par référence à l'article R. 121-1 du code du commerce, qui le définit comme celui qui « *exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil* ».

Au-delà d'une participation non intéressée à la gestion et au salaire, les limites qui pourraient être posées à cette dérogation seraient une activité en rapport avec "les mœurs" qui, sans être répréhensible sur un plan pénal, serait susceptible de créer une équivoque préjudiciable au service⁵⁹⁵. Le refus se ferait plus sur une incompatibilité fonctionnelle. Ainsi, il a été demandé à un policier de ne pas apporter son aide à sa conjointe qui tenait un débit de boissons⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ L'aspect personnel étant important pour ce type d'activités dérogatoires, nous avons préféré les qualifier "d'activités familiales", toujours afin de gagner en clarté.

⁵⁹⁵ On pourra se fonder sur un refus de la commission de déontologie pour une autre dérogation, celle concernant la création d'une auto-entreprise où l'agent voulait créer un site d'échange à caractère sexuel (avis n° T-2009-274, 14 mai 2009, cité par X. Delpech, *Les conditions d'accès des agents publics au régime de l'auto-entrepreneur*, Dal. 22 juil. 2010).

⁵⁹⁶ C.E., 22 janv. 1975 ; en l'espèce, il s'agissait même de l'obliger à faire cesser cette activité. Cet arrêt reposait également sur une incompatibilité fixée par l'art. 14 du D. n° 6870, 24 janv. 1968 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires des services actifs de la police nationale, qui disait que : « *Le fonctionnaire des services actifs peut être mis en demeure de faire cesser l'activité professionnelle de son conjoint lorsque cette activité est de nature à jeter le discrédit sur la fonction ou créer une équivoque préjudiciable à celle-ci. Cette mise en demeure intervient obligatoirement lorsqu'il s'agit de l'exploitation de maisons et hôtels meublés ou débits de boissons* » (al. 1^{er})⁵⁹⁶. L'al. 4 du même article précisant que cela s'applique aussi au fonctionnaire vivant en état de concubinage notoire.

3. Aide à domicile à un ascendant, à un descendant, ou à un conjoint

Cette dérogation est destinée à permettre aux agents dont un ascendant, un descendant ou un conjoint⁵⁹⁷ en perte d'autonomie, d'être aidé par des allocations afférentes à cette aide. C'est ce que l'on pourrait appeler une dérogation de justice sociale.

C. Le cumul d'emplois publics

Tout d'abord, il convient de préciser qu'il s'agit d'un dispositif autonome qui ne relève pas d'une dérogation de l'article 25 du Titre I du statut général de 1983, qui ne le mentionne pas, ni de fait, ne l'interdit. Pour en déterminer les conditions d'exercice, on doit se référer à l'article 17 du décret du 2 mai qui prévoit que « *les agents peuvent exercer auprès des administrations et services mentionnés à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée une ou plusieurs activités à condition que la durée totale de travail n'excède pas celle afférente à un emploi à temps complet* ». Ce texte ne revenant pas sur les conditions que posaient l'article 7 du décret-loi du 29 octobre 1936 ; il est à considérer que les critères d'une distinction entre l'emploi principal et fonction publique accessoire ne sont pas remis en cause. Il faudra distinguer si le cumul se fait sur un **cumul d'emplois publics**, qui est interdit, ou sur une **activité publique accessoire**, qui est permise. Considérant que la solution antérieure est toujours applicable, en reprenant l'article 7 du décret-loi du 29 octobre 1936, sera « *considéré comme emploi pour l'application (d'une interdiction) toute fonction qui, en raison de son importance (1^{er} critère), suffirait à occuper normalement à elle seule l'activité d'un agent, et dont la rémunération, quelle que soit sa dénomination, constituerait, à raison de sa quotité (2^{ème} critère), un traitement normal pour ledit agent* ».

Si l'on s'en tient à l'ancienne jurisprudence, le critère de "l'importance de la fonction" correspond au temps de travail et la "quotité" à la rémunération. Pour le critère du temps de travail, par exemple, le juge se refusait de regarder des fonctions exercées à temps partiel comme des emplois⁵⁹⁸. Pour celui de la rémunération, il n'y avait, pour lui,

⁵⁹⁷ Tous les types d'unions sont admis : mariage, pacs ou concubinage.

⁵⁹⁸ C.E, 7 juin 1985, *Henneguelle*, req. n° n° 46665.

d'emplois publics que si chacun des emplois concernés remplissait les deux critères cumulatifs du volume horaire et du niveau de rémunération⁵⁹⁹. Une rémunération élevée ne suffisait pas à caractériser un emploi.

Enfin, toujours en considération de la jurisprudence antérieure applicable, il faudra que ces deux critères soient réunis car ils étaient cumulatifs ; de sorte que s'il n'était pas satisfait à l'un des deux, les fonctions considérées ne pouvaient constituer un emploi public.

D. Les activités ou missions d'intérêt général

L'article 3 du décret du 2 mai 2007 prévoit deux cas de cumuls : une **activité d'intérêt général** exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif (1°) ; et, une **mission d'intérêt public** de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger, pour une durée limitée.

On l'aura compris, la distinction avec le cumul d'emplois publics, que nous venons d'étudier, se fait sur le sens que l'on donne à la notion d'intérêt général. Si la question ne se pose pas lorsqu'il s'agit d'un cumul d'emplois publics, puisque la finalité de tout service public est, par définition, l'intérêt général, elle se pose lorsqu'il s'agit d'accorder une autorisation à une activité ou à une mission d'intérêt général. Aussi, comment faut-il entendre le sens d'intérêt général appliqué à ces cumuls ? Cela se résout, selon la circulaire de 2008, en considération de la finalité et de la nature de l'activité ou de la mission. Si l'activité ou la mission a des finalités sanitaire, éducative, culturelle, elle entrera dans la prévision, si elle se fait sur des motifs autres, elle ne le sera pas.

⁵⁹⁹ C.E., 3 oct. 2003, *Commune de Levain-ville*, req. n° 249.160.

E. Les activités entrepreneuriales

Avant d'étudier ces nouvelles activités on notera que pour la première fois le régime dérogatoire peut se faire au nom de la liberté d'entreprendre et la liberté de commerce, qu'en cela les limitations de portée générale qui trouvaient à s'appliquer en vertu de la contrainte administrative ont été partiellement levées.

1. Le cumul pour la création, la reprise ou la poursuite d'activité au sein d'une entreprise

La loi sur l'innovation et la recherche du 12 juillet 1999⁶⁰⁰ avait rendu possible pour les chercheurs et enseignants-chercheurs la valorisation industrielle et commerciale de leurs résultats de recherche par la création d'une entreprise, ou une participation à son capital. L'article 25 de cette loi permettait aux agents « *chercheurs, tout en poursuivant leurs travaux au sein (...) des établissements publics de recherche, de collaborer, pour une période déterminée, renouvelable, avec des laboratoires publics ou privés, afin d'y développer des applications spécifiques* ». Cette entorse à l'obligation d'exclusivité et à l'interdiction de cumul se faisait selon l'exposé des motifs du projet de loi au nom « *d'un décalage entre la qualité de la recherche publique et la faiblesse du transfert de connaissance au monde de l'entreprise* »⁶⁰¹.

Avec la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, le législateur s'est voulu davantage libéral et novateur car il a permis à aux agents publics, compris dans un champ organique élargi, comme nous l'avons vu, de créer, de reprendre ou de poursuivre une activité au sein d'une entreprise, sans que l'activité de ladite entreprise s'inscrive nécessairement dans une valorisation d'un intérêt public, comme cela était le cas avec la loi sur l'innovation et la recherche précitée. On valorise une compétence, plutôt qu'un intérêt public, considérant que cela « *peut tout autant s'avérer*

⁶⁰⁰ L. n° 99-587 du 12 juil. 1999 sur l'innovation et la recherche, JO 13 juil., p. 10396.

⁶⁰¹ Voir comm. de L. Helmlinger sur la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, AJDA 2000, p. 72.

bénéfique pour la collectivité »⁶⁰². Reste que l'exercice à titre accessoire de cette activité est soumis à déclaration et à autorisation de l'autorité dont dépend l'agent, qui va considérer si elle est compatible avec son emploi public et si elle n'affecte pas son exercice. La commission de déontologie sera également saisie préalablement pour avis. Elle vérifiera les conflits possibles (activité en lien avec l'administration dont dépend l'agent, par exemple⁶⁰³). Si aucun obstacle n'est retenu, le législateur prenant en considération la situation nouvelle de l'agent permet à celui-ci soit de conserver sa fonction à plein temps, soit de bénéficier d'une autorisation de travail à temps partiel qui sera accordée de plein droit. Depuis 2011⁶⁰⁴, il est possible de cumuler emploi public et activité privée pour une durée maximale de deux ans⁶⁰⁵, prorogable une fois pour une durée d'un an. À l'issue du délai de trois ans, si l'agent veut continuer de se consacrer à l'activité entrepreneuriale, il devra se mettre en disponibilité, sachant qu'il bénéficiera d'un droit à réintégration⁶⁰⁶.

2. L'auto-entrepreneuriat⁶⁰⁷

La possibilité d'une activité accessoire exercée en auto-entreprise était une volonté des agents publics⁶⁰⁸, « *au regard des seuils modiques* »⁶⁰⁹ en jeux ; nonobstant, en stricte analyse, cela leur permettait de s'affranchir des contraintes de l'entreprise. Ils

⁶⁰² O. Dupuy, *Les activités accessoires des agents publics après la réforme du 2 février 2007*, RFDA 2008, p. 160.

⁶⁰³ Voir infra, chap. suiv..

⁶⁰⁴ D. n° 2011-82 du 20 janv. 2011, JO 22 janv..

⁶⁰⁵ L'art. 8 du D. du 20 janv. 2011 précité est venu modifier le D. du 2 mai 2007 précité, autorisant un premier temps de cumul de deux ans au lieu d'un an. La prolongation reste d'un an.

⁶⁰⁶ V. arrêt de la CAA de Douai, 23 juin 2011, v. AJFP 2012, p. 107, *Le droit à réintégration d'un fonctionnaire territorial après disponibilité pour création d'entreprise* ; ou, AJDA 2012, p. 63, *Maintien fautif d'un agent en disponibilité*. En l'espèce, il a été considéré que le droit à réintégration devait être réglé dans les trois premières vacances, et qu'en cas de refus par l'administration d'origine d'accorder une réintégration dans les deux premières, elle devait justifier son refus sur un motif tiré de l'intérêt du service.

⁶⁰⁷ Le terme "auto-entrepreneuriat", et la notion qu'elle recouvre, « *serait issue d'un rapport établi par François Hurel : « en faveur d'une meilleure reconnaissance du travail indépendant », du 10 janvier 2008* » (A. Reygrobelle, « *L'auto-entrepreneur* » : vers un statut de l'activité indépendante, revue Lamy droit des affaires, 2009).

⁶⁰⁸ N. Laval-Mader, dans son article *Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ?* (AJDA 2009, p. 1230), fait état d'une pétition des agents publics en faveur d'un tel cumul et d'un secrétaire d'État réceptif à les rendre éligibles.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

demandaient que ce cumul soit pris en considération par le décret du 2 mai 2007. Cela fut fait avec le décret du 20 janvier 2011⁶¹⁰ qui l'autorisa.

Son régime, obéit aux mêmes règles que celles pour la création d'entreprise, à savoir l'autorisation du supérieur hiérarchique et l'avis de la commission de déontologie sur la déclaration faite par l'agent. En revanche, s'agissant des activités pouvant être exercées dans le cadre de ce cumul, le législateur l'a entendu strictement. Ne peut entrer dans les prévisions de ce cumul, et **exclusivement**⁶¹¹, que les nouvelles activités qui ont été prévues à cet effet, c'est-à-dire : les **activités à caractère sportif ou culturel**, y compris l'encadrement et l'animation dans les domaines sportif, culturel, ou de l'éducation populaire ; les **services à la personne** ; et enfin, la **vente de biens** fabriqués personnellement par l'agent.

À titre de comparaison avec le secteur privé, le plafond lié au chiffre d'affaires est le même⁶¹².

F. Les activités de peu d'importance

On y trouve les **travaux ménagers de peu d'importance réalisés chez des particuliers**. Selon la circulaire de 2008 précitée, cette activité doit être faite totalement au domicile d'un particulier (« *entretien de la maison, petits travaux de jardinage, garde d'enfants, gardiennage et surveillance temporaire, soins et promenades d'animaux domestiques, etc* »), soit partiellement s'il s'agit d'une prestation procédant d'une préparation au domicile de l'agent (« *livraison de repas à domicile, collecte et livraison à domicile de linge repassé, livraison de courses à domicile, etc* »). Tout l'intérêt de faire entrer cette dérogation au titre des activités cumulables tient au mode de paiement simplifié qui l'accompagne, le chèque emploi-service universel, qui participe d'une

⁶¹⁰ D. n° 2011-82 du 20 janv. 2011 modifiant le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État.

⁶¹¹ « Le décret n° 2011-82 du 20 janvier 2011 (qui) modifie le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 (...) étend la liste des activités accessoires susceptibles d'être exercées (...) **exclusivement** dans le cadre du nouveau statut d'auto-entrepreneur » (J.-M. Pastor, *Aménagement du cumul d'activités des fonctionnaires*, AJCT 2011, p. 48).

⁶¹² Pour 2015 : 81 500 ou 32 600 euros, selon la nature de l'activité exercée.

prévention au travail dissimulé. Sa non intégration au dispositif de l'auto-entrepreneuriat s'explique, selon nous, en raison de son caractère précaire.

S'ajoutent aux dispositions de peu d'importance, **les travaux d'extrême urgence** et **les contrats de vendanges**. S'agissant des travaux d'extrême urgence, on précisera que l'autorisation pourra répondre en raison de son caractère urgent à une demande orale, quitte à être régularisée ultérieurement. S'agissant des contrats ayant pour objet des travaux de vendanges (réalisation ou préparation) on retiendra qu'ils sont prévus pour être courts (un mois) et qu'ils ont été autorisés par la seule application de la loi du 2 février 2007 qui a modifié le code du travail en ce sens⁶¹³, le décret du 2 mai 2007 ayant oublié de les mentionner.

⁶¹³ Art. L. 122-3-20 du code du trav. mod..

Conclusion chapitre I

En 1991, Lise Casaux dans sa thèse sur « *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles* »⁶¹⁴ analysait tous les avantages d'une "pluriactivité". Elle en venait à souhaiter « *un droit à la pluriactivité* », qu'elle revendiquait au nom de la liberté d'entreprendre et de se réaliser personnellement. Son souhait aurait-il trouvé un écho favorable dans la fonction publique ? Si la loi nouvelle réaffirme le principe d'exclusivité et l'interdiction de cumul, elle grève aussi ces principes par un nombre plus important de dérogations. Cela ne va-t-il pas s'avérer, avec le temps, néfaste sur l'attachement des agents à leurs missions publiques ? Les rendre plus perméables aux nouvelles tentations qui vont se présenter à eux ? Ou, alors participer d'une émulation entre le secteur public et le secteur privé qui sera, en définitive, bénéfique à la société dans son ensemble ? Nous ne pouvons le dire pour le moment, c'est trop tôt, mais nous continuons à nous interroger sur la singularité de la situation nouvelle. Surtout en la situant par rapport aux origines du dispositif ; alors qu'en 1936 on mettait en place une réglementation dans le but de libérer des emplois dans le privé, tout laisse à penser qu'aujourd'hui on le fasse dans le but, non avoué, d'en libérer dans le public.

⁶¹⁴ Lise Casaux, *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé – Tome 231 », 1993 (Thèse soutenue en 1991, titre initial : *La pluriactivité : étude juridique et pratique*).

CHAPTIRE II

LE RENFORCEMENT DU CONTRÔLE DES ACTIVITÉS

Si, plus spécifiquement, le régime des incompatibilités dans la fonction publique a pu être édicté pour éviter des conflits d'intérêts, la prise en compte d'une activité accessoire ou d'un départ temporaire ou définitif d'un agent public ne pouvait s'accompagner que d'un contrôle, dans certaines hypothèses. Depuis, la réforme issue de la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007, ce contrôle a été renforcé, en raison des dérogations plus nombreuses. Il s'organise sur deux niveaux : l'autorité dont dépend l'agent et la commission de déontologie. Tous deux devront vérifier si l'activité envisagée est compatible ; qu'elle va bien s'inscrire dans une déontologie des fonctions, pour ceux qui restent dans l'emploi public ou dans une déontologie du départ, pour ceux qui s'en éloignent. S'agissant des activités accessoires, l'autorité dont dépend l'agent reste le premier décisionnaire. D'autant que comme nous le verrons, hormis les cas où la commission de déontologie est compétente, elle ne peut se substituer à lui. Il y a eu une véritable répartition des rôles. Commission de déontologie qui, elle, conserve ses propres prérogatives en matière de pantouflage et en gagne de nouvelles lorsqu'il s'agit de contrôler les activités susceptibles d'entrer dans le champ d'application du chapitre II du décret du 2 mai 2007 qui autorise la création, la reprise, ou bien la poursuite d'une activité dans une entreprise après un recrutement dans la fonction publique, ou encore autorise de créer une auto-entreprise en vertu du décret du 20 janvier 2011.

Notre étude portera sur l'étendue du nouveau champ de contrôle qui est à la fois diversifié (**section 1**), tout en étant précis sur le champ de compétence de chacun (**section 2**).

SECTION I

UN CONTRÔLE DIFFÉRENCIÉ

Le contrôle *a priori*, tel que modifié par la réforme de 2007, repose toujours sur un partage des responsabilités dans l'examen des activités compatibles. L'autorité dont dépend l'agent conserve un pouvoir important qu'il nous faudra souligner (§1). Toutefois, c'est un fait, le renforcement du contrôle s'est fortement concentré sur la Commission de déontologie dont le champ, indéniablement, a été étendu (§2).

§1.- L'examen de la déclaration préalable par l'autorité dont dépend l'agent

Tout fonctionnaire et agent non titulaire de droit public de l'État⁶¹⁵, de la fonction publique territoriale ou de la fonction publique hospitalière, qui envisage de cumuler son emploi public avec une ou plusieurs activités accessoires doit au préalable en faire une demande écrite à l'autorité dont il dépend. Cette demande doit comporter un certain nombre d'informations que l'article 5 du décret du 2 mai 2007 prend soin de détailler. Elle devra contenir : « *l'identité de l'employeur ou nature de l'organisme pour le compte duquel s'exercera l'activité envisagée* » (1°) ; et, « *la nature, la durée, la périodicité et les conditions de rémunération de l'activité* » (2°)⁶¹⁶. À cela s'ajoute toute information que le déclarant jugera nécessaire d'apporter, où l'autorité dont il dépend jugera nécessaire de demander en complément. Toutefois, cette possibilité est enfermée dans un délai de quinze jours pour l'administration, à compter de la réception de la demande de l'agent. On précisera que si cette déclaration se veut obligatoire quelle que soit l'activité envisagée, la demande complémentaire impose une même obligation pour l'intéressé qui ne peut s'y soustraire. Ainsi, une activité présentant le caractère d'une activité libre d'autorisation⁶¹⁷, n'autorise pas l'agent à s'en cacher, par une absence de déclaration, ni à ne pas répondre aux sollicitations d'informations complémentaires qui attendraient une réponse de son administration.

⁶¹⁵ Ce qui vise également les ouvriers des établissements industriels de l'État, en tant qu'agents publics non fonctionnaires, et les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales.

⁶¹⁶ D. n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État, JORF 22 janv..

⁶¹⁷ Rappel du chap. précédent : dans les cas où le cumul s'effectue au titre d'une liberté (la détention de parts sociales, et libre de gestion du patrimoine personnel et familial, la production des œuvres de l'esprit, l'exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions) ou au titre d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif.

Une fois la demande réceptionnée par l'autorité dont il dépend, l'administration dispose d'un délai d'un mois pour statuer. Délai qui est porté à deux mois en cas de demande d'informations complémentaires. Au terme du délai, en l'absence de décision expresse écrite de refus de l'administration, l'intéressé est réputé autorisé à exercer l'activité accessoire. En cas de refus explicite, les éléments de nature à justifier le refus d'octroi de l'autorisation de cumul contenu dans la décision administrative pourront faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le juge examinera les motifs de la décision et vérifiera si elle est de nature à justifier le refus.

En cas de cumul autorisé ou de cumul libre, l'activité devra correspondre à celle qui a été déclarée en ce sens que si elle évolue dans une direction différente, elle devra faire l'objet d'une nouvelle déclaration. L'article 7 du décret précisant que « *tout changement substantiel intervenant dans les conditions d'exercice ou de rémunération de l'activité exercée à titre accessoire par un agent est assimilé à l'exercice d'une nouvelle activité* ». L'appréciation de cette évolution se fera dans les mêmes conditions qu'une première déclaration. Les obligations déclaratives de l'article 5 devront à nouveau être respectées et l'administration devra statuer dans les mêmes délais que ceux mentionnés précédemment. Bien évidemment, cela ne garantit nullement pour l'agent que son honnêteté soit récompensée par une nouvelle autorisation.

Ensuite, pour en revenir sur les conditions de l'article 7 sur le « *changement substantiel* », nous nous sommes interrogés sur ce que cela pouvait recouvrir. La circulaire du 11 mars 2008 portant application du décret du 2 mai 2007 considère que cela ne vise que les modifications importantes des conditions d'exercice de l'activité cumulée⁶¹⁸. Qu'il faut tenir compte des critères de l'article 5 du décret de 2007 « *sur la nature de l'employeur, l'activité envisagée, sa durée, sa périodicité ou encore les conditions de la rémunération* ». À titre d'exemples, elle considère que la reconduction de contrat sur une activité déclarée comme ponctuelle pourrait être considérée comme un changement substantiel ; et qu'à l'inverse un changement d'horaire ne le serait pas⁶¹⁹, à condition que ces nouveaux horaires n'empiètent pas sur les heures de travail (se croit-

⁶¹⁸ Circ. du 11 mars 2008 préc., p. 16.

⁶¹⁹ Sur le caractère substantiel du changement d'horaire, v. M.-C. Escande-Varniol, *Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail*, D. soc. 2002, p. 1064.

elle obligée de préciser⁶²⁰). Aussi, au regard de la faiblesse des exemples qu'elle énonce, il est fortement conseillé à tout intéressé de ne pas s'en tenir à la circulaire et d'accorder à tout changement de situation une nouvelle demande d'autorisation. D'autant qu'une régularisation postérieure, toujours possible dans les faits, ne permettra pas d'échapper à la rigueur de l'article 18 du décret du 2 mai 2007 qui énonce qu'« *indépendamment de l'application du V de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (c'est-à-dire l'article 432-12 du code pénal), la violation des règles mentionnées aux chapitres Ier à III du présent décret expose l'agent à une sanction disciplinaire* » ; ce qui vise notamment le défaut d'information sur les conditions d'exercice de l'activité qui serait intervenues depuis la déclaration.

§2.- La commission de déontologie

La mise en place d'un dispositif préventif, qui va contrôler les activités accessoires ou les activités envisagées après cessation temporaire ou définitive des fonctions correspond à une évolution répondant à des motifs divers **(A)**. Il nous a paru de bonne méthode d'y consacrer un développement afin de souligner le renforcement de la commission de déontologie intervenu depuis 2007 **(B)**.

A. La mise en place et les évolutions du contrôle *a priori* par une commission

La mise en place d'un dispositif préventif existait avant la création de la commission de déontologie. Les statuts successifs depuis 1946 instauraient des restrictions au départ des fonctionnaires vers le secteur privé. Toutefois, dans la mesure où il s'agissait de textes rédigés en termes généraux dans le meilleur des cas⁶²¹, les conditions du départ étaient des plus flous et cela ne fonctionnait pas ou très mal. Lorsqu'il y avait une "contrariété" entre une activité privée et l'ancienne responsabilité administrative de l'intéressé, le plus souvent cela se réglait devant le juge pénal. Ce qui exposait l'agent, pas nécessairement de mauvaise foi, à un triple risque :

⁶²⁰ Circ. du 11 mars 2008 préc., p. 16-17.

⁶²¹ Certains se contentaient d'un renvoi à un décret d'application qui souvent n'existait pas.

- Sur un plan personnel, sa vie pouvait en être bouleversée, sauf à considérer que se retrouver devant un juge répressif est chose facile ;
- Sur plan pénal, il pouvait être lourdement condamné compte tenu des peines encourues⁶²² ;
- Sur le plan disciplinaire, à condition qu'il n'ait pas cessé définitivement ses fonctions (ex : disponibilité), des sanctions pouvaient être prises ;
- Enfin, sa pension, qui constitue « *une mesure particulière, indépendante des sanctions prononcées sur le plan disciplinaire* »⁶²³, pouvait être suspendue.

L'autre raison qui explique la mise en place d'un dispositif préventif tient à un contexte affairiste de la fin des années quatre-vingt qui était lui-même accentué par la révélation de cas de pantouflage de plus en plus nombreux⁶²⁴. Face à une situation des plus choquantes au regard de la déontologie de la fonction publique, le gouvernement dirigé par Michel Rocard décida d'intervenir. Le principe d'un contrôle du pantouflage fut décidé au cours d'un séminaire gouvernemental en date du 11 juin 1990. S'en suivit une réflexion afin d'adapter la réglementation. « *Plutôt que de tenter d'établir une liste exhaustive des responsabilités interdites dans le privé, le gouvernement* »⁶²⁵ préféra préciser le champ des interdictions⁶²⁶ et prévoir, afin d'en assurer le respect, la création

⁶²² D. Jean-Pierre, *La modernisation des cumuls d'activités des agents publics*, JCP (CT) n° 12, 19 Mars 2007, p. 2068 : « *le mouvement de pénalisation de la société (des années 90) a incité les pouvoirs publics à réfléchir sur des mécanismes destinés à protéger les fonctionnaires souhaitant cumuler des activités publiques et privées sans que pour autant les condamnations pénales n'affluent (de 1984 à 2003 : 14 condamnations définitives)* ».

⁶²³ Rappel de ce qui a été dit précédemment avec l'arrêt C.E. (S), 8 juin 1973, *Sieur Aït Kaci Amar*, n° 82536, rec. p. 412, préc.. Selon cet arrêt la suspension au droit à une pension ne serait revêtir le caractère d'une mesure disciplinaire.

⁶²⁴ Sans doute la raison principale de la création de la commission de déontologie, puisqu'elle intervient après le rapport Bouchery (voir infra).

⁶²⁵ M.-C. Kessler, *Fonction publique et secteur concurrentiel*, préc..

⁶²⁶ Pour Michel Rocard : « *Ce nouveau dispositif, préventif, permet l'application effective de l'article 72 du statut général des fonctionnaires (loi du 11 janvier 1984) en précisant les activités qu'un fonctionnaire placé en disponibilité ou ayant définitivement cessé ses fonctions, ne peut exercer sans compromettre le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service auquel il appartenait, ou la dignité de ses anciennes fonctions. Les décisions de refus en ce domaine seront prises, après avis d'une commission indépendante* » (Rép. du PM, J.O, Sénat, 4 avr. 1991, p. 701.).

d'une "commission consultative"⁶²⁷ qui sera la première commission de déontologie, avant d'en prendre le nom. Réservée tout d'abord à la fonction publique de l'État, la recommandation du rapport Bouchery préconisant que la mise en place du nouveau dispositif ne se limite pas aux seuls fonctionnaires de l'État, mais également aux fonctionnaires territoriaux et hospitaliers, sera suivi peu après⁶²⁸.

De l'idée, par le législateur de 1993, de l'instauration d'une commission qui se voulait unique pour les trois fonctions publiques⁶²⁹, celui de 1994⁶³⁰, se voudra plus *volontariste* puisqu'il instaura trois commissions pour chacune des fonctions publiques. De même, il abandonna toute idée de rendre sa saisine facultative pour la rendre obligatoire dans certaines hypothèses. Depuis, son instauration par la loi du 29 janvier 1993, telle que modifiée par celle de 1994, et sa mise en place en 1995, on a un double niveau du contrôle des départs vers le secteur privé : alors qu'au niveau judiciaire, le juge pénal continuera de sanctionner tout délit, la commission de déontologie, par son contrôle *a priori*, pourra tenter de prévenir une telle situation.

En 1999, la commission recevra compétence pour donner des avis sur les demandes, à l'initiative des chercheurs ou de leurs laboratoires (administration), pour apporter un concours à une entreprise du secteur privé, afin de valoriser des travaux.

Enfin, le renforcement du rôle de la commission de déontologie va intervenir plus récemment avec la loi du 2 février 2007 précitée⁶³¹, le décret du 26 avril 2007 relatif à

⁶²⁷ D. n° 91-109, 17 janv. 1991, pris pour l'application de l'art. 72 de la loi n° 84-16 du 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, JO 21 janv..

⁶²⁸ V. rapport Bouchery, *Prévention de la corruption*, in *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique*, La doc. franç., 1993, p. 29.

⁶²⁹ L. du 29 janv. 1993.

⁶³⁰ L. n° 94-530, 28 juin 1994 relative à certaines modalités de nomination dans la fonction publique de l'Etat et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées.

⁶³¹ Qui modifie l'art. 87 de la L. du 29 janv. 1993, préc ; notamment par le nombre de personnes concernées.

En vertu de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, tel que modifié par la loi du 2 février 2007 (art. 18) un contrôle préventif est applicable : aux fonctionnaires en fonction, placés ou devant être placés en cessation définitive de fonctions, disponibilité, détachement, hors cadre, mise à disposition ou exclusion temporaire de fonctions ; aux fonctionnaires en fonction, placés ou devant être placés en cessation définitive de fonctions, disponibilité, détachement, hors cadre, mise à disposition ou exclusion temporaire de fonctions ; aux fonctionnaires en fonction, placés ou devant être placés en cessation définitive de fonctions, disponibilité, détachement, hors cadre, mise à disposition ou exclusion temporaire de fonctions ; aux fonctionnaires en fonction, placés ou devant être placés en cessation définitive de fonctions, disponibilité, détachement, hors cadre,

l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie⁶³² et, enfin, avec la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique⁶³³.

B. La redéfinition du rôle de la commission de déontologie

Tout d'abord, le renforcement du rôle de la commission de déontologie s'est opéré par une fusion des trois commissions en une commission unique⁶³⁴, avec une composition renouvelée qui se veut plus équilibrée puisqu'elle comprend désormais, notamment, une personne ayant exercée des fonctions au sein d'une entreprise⁶³⁵. Ensuite le renforcement est intervenu par une extension de l'étendue du champ du contrôle et par le caractère obligatoire des avis rendus. Si la possibilité d'une saisine facultative est toujours possible à la demande de l'administration ou de l'agent, elle devient obligatoire par l'autorité dont dépend l'agent s'il existe un risque de prise illégale d'intérêt⁶³⁶; soit encore, si l'activité envisagée est une activité dite entrepreneuriale⁶³⁷.

mise à disposition ou exclusion temporaire de fonctions ; aux agents non titulaires de droit public employés par l'État, une collectivité territoriale ou un établissement public ; aux membres des cabinets ministériel ; aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales ; aux agents contractuels de droit public ou de droit privé des établissements mentionnés aux L. 1142-22, L. 1222-1, L. 1313-1, L. 1413-2, L.1418-1 et L. 5311-1 du code de la santé publique ; aux agents contractuels de droit public ou de droit privé d'une autorité administrative indépendante ; et enfin, au doctorant d'une Université, par application de la jurisprudence de la commission de déontologie, qui considère que la qualité d'agent public non titulaire au sens du 2° du I de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 lui est reconnu dès lors qu'il exerce des fonctions d'enseignement et de recherche rémunérées depuis plus d'un an (V. Rapport commission de déontologie 2013, p. 22 ; et le comm. de C. Fortier, *Pas de cumul pour les doctorants sous contrat !*, AJFP 2009, n° 6, p. 300).

⁶³² D. n°2007-611, 26 avril 2007.

⁶³³ L. n° 2009-972, 3 août 2009.

⁶³⁴ Toujours placée sous l'autorité du Premier Ministre auquel elle remet chaque année un rapport.

⁶³⁵ Au président, conseiller d'État, s'ajoute un conseiller à la Cour de cassation, un conseiller maître à la Cour des comptes, deux personnes qualifiées, dont l'une doit avoir exercé des fonctions au sein d'une entreprise (l'autre étant généralement un magistrat de l'ordre judiciaire), « *auxquels s'adjoignent deux membres supplémentaires siégeant en formation spécialisée pour chacune des trois fonctions publiques et pour les personnels de recherche* » (Rapport d'activité de la commission de déontologie, 2013, p. 4).

⁶³⁶ 87 de la loi du 29 janvier 1993

⁶³⁷ Compte tenu du succès rencontré par la dérogation sur l'auto-entrepreneuriat, et comme cela se faisait pour celle sur création, la reprise ou la poursuite d'activité au sein d'une entreprise, la loi du 3 août 2009 a instauré une obligation de saisine. .

Par ailleurs, cette même loi du 3 août 2009, « *répondant à un souhait exprimé publiquement par la commission, a conforté son rôle en lui donnant le pouvoir de se saisir elle-même d'un cas d'espèce lorsque les conditions en sont réunies, alors que ni l'administration, ni l'agent ne l'avait fait* »⁶³⁸.

Ensuite, s'agissant de la valeur de l'avis rendu par la commission, deuxième grande évolution de la réforme initiée depuis 2007, elle présente un caractère obligatoire. Il va lier l'autorité dont dépend l'agent, qui ne pourra délivrer une autorisation. L'agent public, par voie de conséquence, devra renoncer à ses projets, sauf, et c'est une possibilité qui est offerte par la réglementation, à solliciter une seconde délibération.

Enfin, en vertu de l'article 1-B du décret du 26 avril 2007 la commission pourra fonder un rejet de toute demande sur une base déontologique, comme nous allons le voir plus précisément dans la section suivante.

⁶³⁸ Rapport de la commission de déontologie, 2013, p. 1.

SECTION 2

UN CONTRÔLE PRÉCISÉ

L'étendue du champ de saisine de la commission nous impose de faire une distinction entre les vérifications qui sont de la compétence exclusive de l'autorité dont dépend l'agent (§1), celles qui sont de la compétence exclusive de la commission de déontologie (*saisine obligatoire*) (§2), et enfin celles qui sont communes (§3).

§1.- Le champ de compétence exclusif de l'autorité hiérarchique

L'autorité dont dépend l'agent devra à chaque demande d'autorisation, vérifier que l'activité envisagée n'entre pas en contradictions de l'article 25-I du statut général de la loi du 13 juillet 1983. Ainsi pour reprendre les trois interdictions prévues à cet article. Il s'agira de vérifier que toute participation en qualité de gérant ou de dirigeant d'une entreprise réponde aux deux conditions cumulatives de l'article 25-I, alinéa 2, 1°, c'est-à-dire, que l'entreprise poursuive un objet à but non lucratif et que l'engagement de l'agent soit bénévole. Ensuite, s'il s'agit d'une d'activité de conseil, d'expertise ou de plaidoirie, que cela ne se fasse pas contre une personne publique (article 25-I, alinéa 2, 2°) et que cela corresponde à l'exercice d'une activité libérale qui découle de la nature des fonctions (article 25-III, alinéa 3). Enfin, il s'agira de vérifier que l'activité ne va pas placer le fonctionnaire « *dans une situation telle que (son) intérêt personnel puisse être, le cas échéant, en contradiction avec les intérêts de l'État ou de la collectivité publique dont il doit assurer la défense* »⁶³⁹, conformément à l'article 25-I, alinéa 2, 3°) qui prohibe tout intérêt de nature à compromettre son indépendance du fait de « *la prise, par (lui même) ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle il appartient ou en relation avec cette dernière* ».

Ensuite, si l'activité ne rentre pas dans le champ de la prohibition de l'article 25-I de la loi du 13 juillet 1983, il devra contrôler que l'activité envisagée entre bien dans les prévisions de l'article 25-II et 25-III, ou du décret du 2 mai 2007 tel que modifié par

⁶³⁹ C.E., avis adm., 17 fév. 1954, cité par M. Carius, *Cumuls et pantouflage dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 2001, p. 69, préc..

celui du 20 janvier 2011, qui nous l'avons dit a rajouté des activités. Enfin, et c'est un point peu compris par les administrations, elles ne peuvent se défaire sur la commission de déontologie pour une interprétation d'une dérogation. Tous les rapports de la commission de déontologie depuis 2008 soulignent ce fait. Par excès de prudence, la commission est souvent saisie de demandes de l'administration sur une déclaration de cumul qui ne pose pas de problème d'interprétation apparent. Elle ne cesse de rappeler qu'elle n'est pas compétente pour examiner « *le cumul d'activités avec une activité accessoire au sens de l'article 2 (chapitre Ier) du décret du 2 mai 2007* », et qu'elle ne l'est pas non plus « *lorsque l'agent exerce certaines activités que le législateur a expressément autorisées* », ou qu'elle ne l'est pas, enfin, « *dès lors qu'il n'y a pas création d'entreprise* ».

§2.- Le champ de compétence exclusif de la commission de déontologie

Le législateur demande à l'autorité dont dépend l'agent de saisir la commission de déontologie lorsque :

- Le cumul dit successif (*ou pantouflage*) qui s'effectue après cessation définitive ou temporaire (*disponibilité*) des fonctions, risque, en considération de l'activité envisagée d'entrer dans les prévisions de l'article 432-13 du code pénal qui prohibe « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public (...) de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* » **(A)** ; et,

- Le cumul simultané ou cumul réel qui concerne une activité accessoire qui s'effectue sous le régime particulier de l'entrepreneuriat **(B)**.

A. Le contrôle du pantouflage susceptible d'entrer dans les prévisions de l'article 432-13 du code pénal

La poursuite du contrôle du pantouflage par la commission de déontologie se justifie en raison des risques encourus par l'agent et des possibles répercussions sur l'administration. Manuel Carius dans sa thèse sur les *Cumuls*, considère que « *l'objectif est ici d'éviter que certaines entreprises ne viennent "débaucher" les fonctionnaires (et maintenant les non titulaires évoqués plus haut⁶⁴⁰) qui ont agi, au sein de l'administration, sur leur fonctionnement ou leur activité* »⁶⁴¹.

Tout fait de nature à compromettre l'indépendance de l'agent public au sens de l'article 432-13 du code pénal pourra justifier un refus de la part de la commission de déontologie. On remarquera que le raisonnement à tenir sera le même que pour la prohibition de l'article 25-I, alinéa 2, 3^o), en ce sens qu'il repose sur la notion d'indépendance des fonctions. Aussi, la commission de déontologie peut très bien combiner ces deux sources pour refuser l'octroi d'une autorisation, comme le juge administratif n'a pas hésité à le faire, dans un arrêt récent : « *Qu'il résulte de ces dispositions (en l'espèce, l'article 25, alinéa 2, 3^o du statut de 1983 et l'article 432-13 du code pénal) que les agents publics ne doivent pas se trouver dans une situation telle que leur intérêt personnel puisse être, le cas échéant, en contradiction avec les intérêts de la collectivité publique dont ils doivent assurer la défense* »⁶⁴².

En reprenant l'article 432-13 du code pénal, il s'agira, pour la commission de déontologie, de vérifier que les agents n'ont pas, avant l'expiration d'un délai **de trois ans** suivant la cessation de leurs fonctions ou leurs mises en disponibilité, exercé une **activité privée lucrative dans une entreprise ou un organisme privé ou public** où ils auraient été, de manière **effective**, chargés :

⁶⁴⁰ Manuel Carius, *Cumuls et agents publics : fonctions publiques de l'Etat, territoriale et hospitalière*, a été soutenue en 2000, donc avant que les non titulaires ne soient pris en compte dans la réglementation, intervenue en 2007 (source : Theses.fr).

⁶⁴¹ M. Carius, *Cumuls et agents publics*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 222 », 2002, préc., p. 313.

⁶⁴² T. adm., Marseille, 24 janvier 2006, req. n° 0310803, AJFP 2006, p. 263, préc..

- soit d'assurer sa surveillance ou son contrôle,
- soit de conclure des contrats de toute nature avec elle ou de formuler des avis sur de tels contrats,
- soit encore, de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par elle ou de formuler un avis sur de telles décisions.

Ces interdictions s'étendent aussi, « *d'une part à l'entreprise qui détient au moins 30 % du capital de l'entreprise privée que l'agent veut rejoindre (« mère »), ou dont le capital est, à hauteur de 30 % au moins, détenu soit par cette entreprise (« fille »), soit par une entreprise détenant aussi 30 % au moins du capital de l'entreprise susmentionnée (« sœur »), d'autre part à une entreprise qui a conclu avec l'entreprise que l'agent souhaite rejoindre un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait* »⁶⁴³.

Avant d'étudier la nature des fonctions qui feront l'objet d'un contrôle, il nous faut revenir sur le délai de "trois ans", sur la notion "d'activité privée lucrative", la notion "d'entreprise" et enfin la notion de "fonctions effectivement exercées"⁶⁴⁴.

Le délai de "trois ans" correspond à un nouveau délai que le législateur de 2007 a considéré comme plus en adéquation avec le « *contexte économique actuel, où les relations professionnelles se lient et se délient très rapidement* »⁶⁴⁵. En outre, le délai de cinq ans qui prévalait jusque là semblait dépassé en comparaison de ce qui se pratiquait dans le reste de la communauté européenne où, pour information, il n'y a parfois pas de délai transitoire (*Belgique*) ou alors des délais relativement court (*deux ans en Italie*). S'agissant de la condition "d'activité privée lucrative", elle peut se définir comme toute activité qui présentera un caractère soit commercial, soit intellectuel (ex : *juriste*), et qui s'effectuera au titre d'une activité dite salariée ou libérale. À partir du moment où

⁶⁴³ Rapport commission de déontologie 2013, p. 30.

⁶⁴⁴ Comme ceci a déjà été évoqué précédemment, l'on ne s'y attardera pas (voir supra p. 112 et suiv. ; *Les activités privées incompatibles*).

⁶⁴⁵ Rapport de la commission des lois (M. H. Portelli) n° 113, 13 décembre 2006, préc..

l'activité se fait contre rémunération, elle entre dans le champ du contrôle préventif. S'agissant de la "notion d'entreprise", comme nous l'avons dit, à partir du moment où l'entreprise publique exerce son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé, elle sera considérée comme entreprise privée. Enfin, s'agissant de la notion de "*fonctions effectivement exercées*", on sait que la loi du 2 février 2007 est intervenue sur ce point considérant que l'effectivité des fonctions était importante pour éviter d'exposer les agents à un risque trop grand de poursuites au pénal.

Venons en maintenant aux notions que recouvrent la prohibition.

La notion de contrôle ou de surveillance

Ainsi pour la vérification de la compatibilité de la nouvelle activité privée qui se ferait sur la notion de contrôle ou de surveillance, il a été considéré qu'un agent contractuel, directeur de projet, ayant « *piloté et garanti la bonne exécution de deux missions dans le cadre d'un marché d'accompagnement des réformes passé avec une société de conseil, ne pouvait rejoindre cette société, dès lors que ces fonctions l'ont nécessairement amené à participer à la définition du marché, à la phase préparatoire à l'émission de bons de commande ainsi qu'au contrôle, à l'évaluation et à la réception des prestations fournies par cette société* »⁶⁴⁶. En revanche, il a été considéré qu'un agent employé dans une université et qui par ses fonctions a accompagné "la maturation" d'un projet de valorisation d'une recherche ayant aboutit à la création d'une entreprise « *ne peut être regardé comme ayant été chargé d'assurer, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées, la surveillance ou le contrôle de cette entreprise, qui n'avait pas encore d'existence, celle-ci étant en cours de création au moment de la présentation de la demande* »⁶⁴⁷

La notion de formulation d'un avis sur des contrats avec une entreprise privée

S'agissant de la vérification de la compatibilité de la nouvelle activité privée qui se ferait sur la notion de formulation d'un avis sur des contrats avec une entreprise

⁶⁴⁶ Avis n° 13E0472, 11 avril 2013.

⁶⁴⁷ Avis n° 13E1431, 12 sept. 2013.

privée, il a été considéré qu'un architecte d'une communauté d'agglomération ayant formulé un avis sur un contrat passé avec une entreprise, nonobstant le faible montant du contrat (en l'espèce 2. 000 euros), devait être regardé « *comme ayant, dans le cadre de ses fonctions administratives, formulé un avis sur un contrat passé* », rendant de ce fait l'activité envisagée incompatible avec les fonctions antérieures⁶⁴⁸. En revanche, il a été considéré qu'un technicien, bien qu'ayant participé à une procédure de passation de marché conclue avec l'entreprise qui souhaitait l'accueillir, ne devait pas être regardé comme ayant effectivement exercé une fonction de conseil, puisqu'il « *s'était borné à établir la liste factuelle des offres reçues sans établir un ordre entre elles ou exprimer un avis sur le choix de l'adjudicataire* »⁶⁴⁹.

La notion de proposition directe à l'autorité compétente de décisions relatives à des opérations réalisées par l'entreprise

S'agissant de la vérification de la compatibilité de la nouvelle activité privée qui se ferait sur la notion de proposition directe à l'autorité compétente de décisions relatives à des opérations réalisées par l'entreprise, il a été considéré qu'un agent en charge des offres, dans le cadre des passations de marchés publics, afin de proposer à l'autorité compétente le choix du cocontractant, ne pouvait répondre favorablement à une proposition de travail d'une société qui avait été retenu par lui, dans le passé⁶⁵⁰. En revanche, la commission de déontologie a émis un avis favorable de compatibilité d'un agent qui avait proposé à l'autorité compétente le choix du cocontractant, dans la mesure où la société accueillante n'avait effectué que des « *travaux (qui) s'intégraient dans un ensemble de travaux (...) dont une autre entreprise assurait la maîtrise d'œuvre* »⁶⁵¹. Le lien n'était pas évident, en l'espèce, sauf à considérer que la proposition se faisait au regard du sous-traitant. C'est en raison de cette probabilité faible que l'accord était accompagné d'une réserve⁶⁵². Les avis de réserve doivent s'analyser comme une acceptation sous condition. Par exemple, une interdiction peut lui être faite de ne pas

⁶⁴⁸ Avis TC/2013-41, 21 mai 2013.

⁶⁴⁹ Avis n° T-2009-603, 9 sept. 2009.

⁶⁵⁰ Avis n° 09.A0298, 13 mai 2009.

⁶⁵¹ Avis n° 10.A0241, 17 mars 2010.

⁶⁵² Les avis de réserve doivent s'analyser comme une acceptation sous condition. Par exemple, l'agent devra une fois dans l'entreprise d'accueil, ne pas solliciter auprès de son ancien service des informations autres que celles qui ont un caractère public.

entrer en rapport avec son ancien service pour solliciter des informations autres que celles qui ont un caractère public.

B. Le contrôle des cumuls liés à l'entrepreneuriat

Le contrôle des activités susceptibles d'entrer dans le champ d'application du chapitre II du décret du 2 mai 2007, c'est-à-dire ceux qui se proposent tout en continuant à exercer leurs fonctions dans l'administration à temps plein ou à temps partiel, de créer ou reprendre une entreprise, ou bien de poursuivre leur activité dans une entreprise après leur recrutement dans la fonction publique, ou encore de créer une auto-entreprise en vertu du décret du 20 janvier 2011, est de la compétence exclusive de la commission de déontologie. Ce qui signifie que toute demande en ce sens devra lui être renvoyée. Il s'agira, ensuite, pour elle de vérifier que les conditions sont bien remplies. Sur ce point, les difficultés rencontrées par la commission tiennent aux difficultés d'interprétation du dispositif, Ainsi, comme le relève Xavier Delpech dans une chronique sur *Les conditions d'accès des agents publics au régime de l'auto-entrepreneur*⁶⁵³, il ressort des rapports de la commission de déontologie que ses avis de refus se fondent presque tous sur une mauvaise compréhension du dispositif. Par exemple, il mentionne un avis de refus de la commission de déontologie d'un placement sous le régime de l'auto-entrepreneur pour une activité de vendeur distributeur indépendant, qui correspond à une création d'entreprise. L'agent, en l'espèce, se plaçait sur le faible revenu escompté et non sur l'activité pour faire sa demande⁶⁵⁴.

§3.- Le champ de compétence partagé : le critère déontologique

Les critères déontologiques reposent sur l'article 1 du décret du 2 mai 2007 précité, pour l'autorité dont dépend l'agent, qui suspend toute autorisation de cumul d'une activité accessoire avec l'activité principale à la réserve « *que ces activités ne portent pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service* ». S'agissant de la commission de déontologie, l'article 1-B du décret du 26 avril

⁶⁵³ X. Delpech, *Les conditions d'accès des agents publics au régime de l'auto-entrepreneur*, Dal. 22 juil. 2010.

⁶⁵⁴ Avis n° T-2009-67, 12 fév. 2009, mentionné par X. Delpech, *Les conditions d'accès des agents publics au régime de l'auto-entrepreneur*, Dal. 22 juil. 2010.

2007⁶⁵⁵ précise que le respect des critères déontologiques doit également être vérifié par elle ; aucune activité privée ne pouvant, pour reprendre cet article, « *porter atteinte à la dignité des fonctions ou risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service* ». On le constate le fondement est le même. Cette condition déontologique, au regard des exigences du service, se retrouve aussi bien dans les décisions de refus d'octroi d'une autorisation administrative que dans la jurisprudence de la commission de déontologie.

S'agissant des notions « *d'atteinte au fonctionnement normal (...) du service* », le refus d'octroi d'une autorisation pourra se fonder sur une *incompatibilité fonctionnelle, de fait ou de situation*. On peut même dire que c'est l'arme ultime mise à disposition de toute autorité administrative ou de la commission de déontologie. Si toutes les conditions d'une autorisation sont remplies, elles peuvent se saisir de cette possibilité pour faire échec à une demande. On peut penser, comme nous l'avons vu précédemment, à des activités en rapport avec "les mœurs" qui, sans être répréhensibles sur un plan pénal, seraient susceptibles de créer une équivoque préjudiciable au service. L'autorité dont dépend l'agent pourra à cet effet consulter les rapports de la commission de déontologie, tout comme cette dernière pourra y retrouver sa jurisprudence, qui a déjà considéré qu'un tel fondement trouvait à s'appliquer. Ainsi, par exemple, la commission de déontologie n'a pas hésité à refuser une dérogation à un agent qui voulait créer, dans le cadre du régime de l'auto-entreprise, un site d'échange à caractère sexuel⁶⁵⁶. S'agissant de la notion plus spécifique de « *dignité des fonctions administratives* » posée à l'article 1-B du décret du 26 avril 2007, non retenue à l'article 1 du décret du 2 mai 2007, on citera l'exemple d'un avis récent de la commission de déontologie qui a refusé un cumul avec une profession réglementée dans la mesure où l'intéressé ne remplissait pas les conditions propre à cette activité. En l'espèce, il n'était pas titulaire des diplômes nécessaires pour pouvoir y prétendre, ce qui pour la commission de déontologie était par nature contraire à la dignité des fonctions⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ D. n°2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie.

⁶⁵⁶ Avis n° T-2009-274, 14 mai 2009, cité par X. Delpech, Conditions d'accès des agents publics au régime de l'auto-entrepreneur, Dal. 22 juil. 2010, préc..

⁶⁵⁷ Avis n°13E0551, 16 mai 2013

S'agissant des notions d'atteintes « à l'indépendance et à la neutralité du service », qui se rejoignent sur le fond, l'appréciation sera, par définition, moins subjective. Ainsi, pour reprendre l'exemple des dérogations qui sont autorisées pour la « production des œuvres de l'esprit » (article 25-III, alinéa 2) et l'exemple qui y était donné sur l'agent rédacteur d'ouvrages avec un contenu publicitaire⁶⁵⁸, on peut préciser ici qu'au-delà du caractère artistique peu probant, s'ajoutait une violation flagrante du principe d'indépendance dans la mesure où la publicité était faite pour des professionnels que l'agent était chargé de contrôler⁶⁵⁹. Ainsi, à l'image d'un juge administratif sachant adapter sa sévérité aux circonstances lors de son contrôle pour excès de pouvoir, l'administration ou la commission de déontologie, pourront faire usage de cette nouvelle possibilité qui leur est offerte.

Cet apport de la composante déontologique va, c'est indéniable, renforcer le contrôle de compatibilité des activités. Cela va permettre une régulation des situations qui va au-delà du respect de simple critères statutaires ou réglementaires qui reposent sur des considérations d'indépendance, de loyauté et d'honnêteté, certes importantes, mais insuffisantes en considération des impératifs déontologiques si divers⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ Voir supra p. 148.

⁶⁵⁹ C.E., 19 mars 1997, *M. Cannard*, préc. p. 148.

⁶⁶⁰ Voir supra p. 66.

Conclusion du chapitre 2

En conclusion de ce chapitre, il est à regretter que le contrôle ne s'effectue qu'*a priori*. Les critiques qui pouvaient être faites sur ce point par Manuel Carius dans sa thèse sur *Les Cumuls*, lorsqu'il disait que « *le contrôle a posteriori de la régularité d'une situation de cumul ne fait pas l'objet de mesures draconiennes* »⁶⁶¹, n'ont pas été reprises. De même, un rappel aurait pu être fait sur l'indifférence des positions statutaires dans le respect de la réglementation, car elle ne semble pas acquise par tous les agents publics. Ainsi par exemple, un agent bien que suspendu s'est cru autorisé, en raison de son éloignement avec son service, à exercer une activité privée lucrative et à en demander, à son retour, d'être autorisé à la poursuivre, alors que comme nous l'avons dit précédemment, même suspendu, un fonctionnaire est toujours considéré comme statutairement en activité⁶⁶² et donc soumis au régime des incompatibilités. Toutefois, nous pensons qu'il ne s'agit là que d'ajustements à opérer.

⁶⁶¹ M. Carius, *Cumuls et agents publics*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 222 », 2002, préc., p. 327.

⁶⁶² V. supra chap. sur *L'incidence du statut sur l'exercice des fonctions*.

Conclusion du Titre I

Il ressort de cette nouvelle articulation du régime des incompatibilités dans la fonction publique que si l'ensemble semble un peu confus ; même pour « *la commission de déontologie qui constate que les évolutions qui se sont produites depuis 2007 ont conduit à brouiller la distinction initiale entre activités accessoires autorisées par l'administration seule et cumul d'activités privées pour création ou reprise d'entreprise impliquant sa saisine préalable* »⁶⁶³, cela est largement compensé par le contrôle qui en a été renforcé et qui s'inscrit dans un « *mécanisme original instauré avant tout pour protéger l'agent des foudres du Code pénal ou de sanctions disciplinaires, (... et) aider l'agent et son administration à prendre la bonne décision dans le respect des obligations déontologiques* »⁶⁶⁴. Aussi, à comparer l'ancienne réglementation à celle qui s'applique désormais, il est à noter que la recherche d'un évitement d'une collusion préjudiciable entre intérêts personnels de l'agent public et intérêt général demeure. Selon nous, si la manière de servir a évolué vers une plus grande liberté, elle n'en a pas été modifiée dans ses grands principes. L'indépendance si nécessaire à l'action administrative, qui pouvait être menacée par les nouvelles conciliations du droit dérogatoire, est maintenue. Ensuite, c'est un fait, le dispositif de contrôle continue de s'exercer de manière simultanée (cumul réel) et successive, puisque l'obligation de non cumul rejoint toujours celle de désintéressement. Ainsi, le fait qu'un agent quitte ses fonctions, quelle qu'en soit la cause de la cessation, ne le libère pas pour autant de toute obligation. Il ne doit pas rechercher dans cette "liberté" un moyen d'échapper à ses obligations qui demeurent. En ce sens, on peut dire que le désintéressement exigé vis-à-vis de tout agent public implique à la fois une attitude passive et une attitude active. L'attitude passive repose sur une attente d'un accomplissement de l'activité publique sans compromission. Attaché

⁶⁶³ Rapport 2013 de la commission de déontologie repris par C. de Montecler, *La commission de déontologie suggère de revoir les règles de saisine*, 20 juin 2013, Dal. actualité, 20 juin 2013.

⁶⁶⁴ D. Jean-Pierre, *Acte II de la nouvelle déontologie des agents publics : le décret relatif à l'exercice d'activités privées*, JCP(CT) n° 22, 28 mai 2007, p. 2134.

à la représentation qu'apporte l'agent public à l'administration, le droit de la fonction publique lui interdit de se trouver en position tendant à désavantager son service au profit d'un autre intérêt qui viendrait nécessairement affecter l'action de l'administration dans sa bonne exécution. L'obligation de désintéressement signifie, dans ce cas, que les agents publics ne sont pas autorisés à avoir à titre personnel, des intérêts susceptibles d'entrer en opposition avec les intérêts de l'administration qui les emploie. Elle se traduit par l'interdiction de prendre directement ou par l'intermédiaire d'un tiers un intérêt dans une entreprise, même si celle-ci n'est pas en lien avec son administration. Dans cette hypothèse, l'agent public bénéficie, en quelque sorte, d'une présomption d'honnêteté qui ne tombe qu'en cas de révélation de faits de nature délictuelle (corruption, détournements, prise illégale d'intérêts, trafic d'influence...) ou susceptibles de compromettre son indépendance (interdits visés par l'article 25-I du titre I du statut général). Présomption d'honnêteté qui n'a pas été retenue lorsque l'agent public quitte ses fonctions, puisque dans ce cas on va lui demander une attitude active consistant pour lui à indiquer à son administration s'il compte exercer une nouvelle activité, et si c'est le cas, laquelle. Sa déclaration fera l'objet d'un examen par une commission de déontologie qui rendra un avis qui le contraindra à tenir compte de la compatibilité de ses anciennes fonctions avec ce qu'il ambitionne de faire pour les trois prochaines années.

TITRE II

LES SANCTIONS CONTRE L'AGENT PUBLIC EN SITUATION D'INCOMPATIBILITÉ

Comme il n'est pas de réglementation sans sanction de sa violation, il nous faut désormais aborder les réponses qui ont été prévues afin de répondre à ceux qui négligent leurs obligations. Le domaine de la faute dans le régime des incompatibilités dans la fonction publique est divers. Il concerne, aussi bien, le non-respect de l'obligation de déclaration préalable d'exercice d'une activité accessoire, que l'exercice d'une activité illégale⁶⁶⁵, ou expressément prohibée⁶⁶⁶, ou encore, celle qui peut porter atteinte à l'honneur d'un corps ou à la bonne réputation d'une administration⁶⁶⁷.

La réforme intervenue en 2007 ne modifie en rien les conséquences d'une violation des règles. Les auteurs d'un manquement s'exposent toujours au prononcé de sanctions disciplinaires, et le cas échéant, de sanctions civiles (versement des sommes indûment perçues par voie de retenues sur traitement ou retrait de l'honorariat) (**chapitre 1**). A cela peut s'ajouter une répression pénale sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal pour les prises illégales d'intérêts dans le cadre des fonctions, ou de l'article 432-13 pour celles qui se font dans le cadre du pantouflage ; ainsi que la sanction civile qui emporte quelques conséquences (**Chapitre 2**).

⁶⁶⁵ Non respect de l'article 25-II ou 25-III du statut général de la fonction publique ou du décret de 2007.

⁶⁶⁶ Prise illégale d'intérêts.

⁶⁶⁷ Voir *Les incompatibilités fonctionnelles*, pp. 125-130.

CHAPITRE I

LES SANCTIONS INTERNES À L'ADMINISTRATION

L'article 29 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ne donne pas de définition *a priori* de la faute disciplinaire. Il ne fait qu'énoncer que « toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale ». Aussi, si les sanctions disciplinaires sont limitativement prévues par chaque loi statutaire⁶⁶⁸, pour les fonctionnaires, ou par les décrets, pour les non titulaires⁶⁶⁹, « l'autorité administrative (...) dispose d'importantes prérogatives de puissance publique en cas de violation du principe d'exclusivité⁶⁷⁰, en particulier d'un arsenal traditionnel de sanctions disciplinaires⁶⁷¹ »⁶⁷² qui vont du simple blâme à la mise à la retraite d'office ou à la révocation⁶⁷³.

⁶⁶⁸ Art. 66 du statut de la FPE, 89 pour la FPT et 81 pour la FPH.

⁶⁶⁹ Sanctions qui sont du même ordre pour les non titulaires, en vertu des décrets, qui sont en quelque sorte leurs *statuts* : D. du 17 janv. 1986 (préc.) pour le FPE, du 15 fév. 1988 (préc.) pour la FPT et du 6 fév. 1991 (préc.) pour la FPH.

⁶⁷⁰ Précision : le recours à la sanction disciplinaire ne vaut pas seulement pour les fautes de "service" mais aussi pour les manquements qui se font en contravention du régime des incompatibilités.

⁶⁷¹ Les sanctions sont réparties en quatre groupes.

Premier groupe : l'avertissement et le blâme. Deuxième groupe : la radiation du tableau d'avancement, l'abaissement d'échelon, l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de quinze jours et le déplacement d'office. Troisième groupe : la rétrogradation et l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de trois mois à deux ans. Quatrième groupe : la mise à la retraite d'office et la révocation.

⁶⁷² N. Laval-Mader, *Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ?*, AJDA 2009 p. 1230, préc..

⁶⁷³ Le licenciement disciplinaire du non titulaire se substituera à la révocation du fonctionnaire (v. C.E., 27 mai 1988, *Maison de retraite Saint Jacques*, en l'espèce, licenciement d'un non titulaire pour faute disciplinaire). Voir aussi, C.E., 20 mai 1998, *Ramen*, rec. p. 214, cité par N. Laval-Mader, *Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ?*, AJDA 2009 p. 1230, préc. où il est dit que l'autorité administrative « a notamment le pouvoir de résilier le contrat de l'agent public qui se livre à un cumul illégal ».

Dans ce chapitre nous verrons qu'au-delà de la répression disciplinaire (**section 1**), il existe aussi des conséquences non disciplinaires (*ou considérées comme telles*) du non respect du régime des incompatibilités (**section 2**).

SECTION 1 LA RÉPRESSION DISCIPLINAIRE

Le droit disciplinaire sanctionne l'exercice des activités illégales (§1) ; et, lorsque l'agent public est mis en cause par la Justice nous établirons son impact sur la décision disciplinaire finale (§2).

§.- 1 La sanction disciplinaire des activités de cumuls illicites

On le sait, en droit de la fonction publique, l'emploi public est qualifié d'activité principale par opposition à l'activité qui s'exerce "en marge", qui elle, est qualifiée d'accessoire, en ce sens qu'elle ne peut se faire que par dérogation au principe d'interdiction général d'exercer toute activité lucrative. Reste qu'à la lecture de la loi statutaire du 13 juillet 1983 prévoyant les exceptions au principe d'interdiction d'exercer une activité privée lucrative, on n'a trouvé aucune disposition qui viendrait sanctionner un cumul non conforme. Alors que l'article 25-V du statut général ne vise que les cumuls prohibés qui se font dans le cadre d'une prise illégale d'intérêts (« *Sans préjudice de l'application de l'article 432-12 du code pénal...* »), l'article 29 du même texte, consacrant le droit disciplinaire, ne vise que les fautes commises « *dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice (des) fonctions* », ce qui, par définition, ne peut pas viser la répression d'un cumul illégal qui se fait nécessairement en dehors des heures de service. Aussi, il peut apparaître pour le moins curieux que le législateur de 2007, qui a pourtant prévu pour les nouvelles dérogations des sanctions en cas de violation des règles de cumul (article 18 du décret du 2 mai 2007⁶⁷⁴), n'est pas prévu de rectifier la rédaction de l'article 25 en ce sens, alors qu'il l'a complètement réécrit. Cela voudrait-il dire qu'il y a des cumuls qui peuvent se faire sans crainte d'être sanctionnés en cas de non conformité ? Nous ne le pensons pas. La lecture de l'article 25 de la loi du 13 juillet

⁶⁷⁴ « *Indépendamment de l'application du V de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (notamment l'article 432-12 du code pénal), la violation des règles mentionnées aux chapitres Ier à III du présent décret expose l'agent à une sanction disciplinaire* » (art. 18, décret, 2 mai 2007).

1983, dans son ancienne rédaction, nous rassure en ce sens. Il ne comportait aucune mention de recours au droit disciplinaire en cas d'irrégularité⁶⁷⁵ et pourtant le juge administratif n'a jamais soulevé ce point⁶⁷⁶. À chaque fois qu'il était saisi d'un recours en excès de pouvoir dans un litige concernant une décision disciplinaire sanctionnant un cumul irrégulier, il compensait l'absence de référence textuelle et confirmait la décision disciplinaire, car pour lui, il s'agissait de rechercher une solution en adéquation avec l'intérêt du service, qui prévaut toujours⁶⁷⁷. C'est là toute la différence avec le droit pénal qui impose un texte préalable à toute répression (*principe de légalité*). La juridiction administrative est par nature autonome. Elle juge le cumul illégal comme une faute de service. La seule appréciation se fera sur la qualification juridique des faits afin de vérifier s'ils sont conformes à la réalité, et si la sanction n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation⁶⁷⁸, ce qui ne présente pas de difficulté puisque dans ce genre de faute on se situe dans le troisième groupe (*la rétrogradation et l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de trois mois à deux ans*) ou quatrième groupe de sanctions (*la mise à la retraite d'office ou la révocation*)⁶⁷⁹.

S'agissant de la répression qui s'effectue sur les agents publics éloignés du service et qui se livrent à un cumul illégal, il faut faire la distinction entre la cessation d'activité définitive et la cessation temporaire.

⁶⁷⁵ Ni aucun renvoi à l'article 432-12 du code pénal, d'ailleurs, ce qui ne l'empêchait pas de l'inclure dans sa répression (v. infra).

⁶⁷⁶ « Considérant que (...) M. X a méconnu les dispositions précitées de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 ainsi que les règles déontologiques essentielles de sa profession » (CAA Paris, 27 nov. 2003, req. n° 01PA01529).

⁶⁷⁷ C.E., 26 juin 1964, *Coron*, rec. p. 363, en l'espèce, non-respect des règles relatives à l'exercice d'une activité privée lucrative.

⁶⁷⁸ C.E., 19 janvier 1983, *Ville de Mulhouse c/M. Tifouti*, appréciation d'un cas de cumul jugé incompatible, en l'espèce : un éboueur communal gérant un débit de boissons.

⁶⁷⁹ Quant un agent se livre à un cumul illégal, « l'autorité hiérarchique dispose également du pouvoir plus radical de mutation d'office et de révocation » (N. Laval-Mader, *Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ?*, AJDA 2009 p. 1230, préc.).

Révocation pour occupation d'une activité dissimulée de gérant d'une entreprise lucrative (CAA de Marseille, 22 oct. 2010, req. n° 08MA00940, v. *Cumul d'activités, constitutif d'un évident conflit d'intérêts : révocation – Cour administrative d'appel de Marseille 22 octobre 2010 – AJFP 2011, p. 118.*

Licenciement pour le contractuel (v. C.E., 13 févr. 1987, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Sztulman*, req. no 69496).

S'agissant de la cessation définitive, l'agent n'étant plus sous la contrainte statutaire, le régime disciplinaire n'a plus prise sur lui (*on peut difficilement suspendre un agent qui n'est plus là*)⁶⁸⁰.

S'agissant des agents qui sont en disponibilité, en détachement ou même suspendus dans l'attente d'une décision prise à leur encontre, comme nous l'avons dit à plusieurs reprises, ils sont considérés de la même manière qu'un agent en position d'activité. En conséquence, la répression du cumul illégal aura vocation à s'appliquer avec la même sévérité. Ils ne peuvent considérer cette séparation comme une opportunité à se livrer à d'autres activités. Toute transgression de l'article 25 ou du décret du 2 mai 2007 expose son auteur. Ainsi, comme le précise Didier Jean-Pierre dans son article sur la modernisation des cumuls d'activités des agents publics⁶⁸¹ : « *Dans le passé, la révocation a pu être prononcée à l'encontre d'un fonctionnaire ayant exercé en congé maladie l'activité de photographe* »⁶⁸².

Toutefois, dans la réalité il peut arriver qu'on "épargne" l'agent d'une sanction qui pourrait avoir des conséquences trop importante, en considération "des services accomplis". Une négociation peut se faire avec son administration. Si celui-ci a cumulé assez de trimestre de retraite, on anticipe celle-ci. Si l'agent est en milieu de carrière on l'invite à prendre les devants et à poser sa démission conformément à l'alinéa 1 de l'article 24 du statut général qui a prévu la démission comme une cause de « *cessation définitive de fonctions qui entraîne radiation des cadres et perte de la qualité de fonctionnaire* »⁶⁸³.

⁶⁸⁰ On verra aussi dans la section suivante que des mesures non disciplinaires peuvent être prises à son encontre et qu'elles peuvent *faire grief*.

⁶⁸¹ D. Jean-Pierre, *La modernisation des cumuls d'activités des agents publics*, JCP (CT) n° 12, 19 Mars 2007, p. 2068, préc..

⁶⁸² C.E., 8 oct. 1990, *Ville Toulouse c/ Mirguet*, req. n° 107762 ; rec. du C.E. 1990, p. 270, cité par D. Jean-Pierre, *La modernisation des cumuls d'activités des agents publics*, JCP (CT) n° 12, 19 Mars 2007, p. 2068, préc..

⁶⁸³ Art. 24 du statut général de la fonction publique de 1983 (Titre I). Il suffira pour lui de se reporter au statut de sa fonction publique d'élection (D. n° 85-986 du 16 sept. 1985, pour la FPE ; art. 96 du statut de 84 pour la FPT (Titre III) et art. 87 du statut de 1986 pour la FPH (Titre IV).

§2.- L'incompatibilité concomitante d'une faute pénale

Tout d'abord, il convient de souligner un point important qui tient au fait que le juge répressif et l'autorité disciplinaire partagent une même indépendance, une même autonomie, dans le prononcé des sanctions. Même si la répression disciplinaire et la répression pénale ont « *souvent vocation à s'exercer concurremment à l'égard de la même personne et à propos d'un même fait* »⁶⁸⁴, tous deux apprécient les faits et les qualifient selon leurs lois propres : la loi pénale pour le juge répressif et la "loi du service" pour l'autorité disciplinaire. Comme nous l'avons dit dans le premier chapitre de cette étude, à côté du droit national classique il y a un "*droit pénal spécial*" : le droit disciplinaire, même si le principe de légalité n'est pas superposable au droit disciplinaire.

Toutefois, puisque le droit pénal emporte des conséquences bien différentes que celles du droit disciplinaire, l'autorité disciplinaire peut-elle faire abstraction des décisions qui seraient rendues par la juridiction répressive ? Peut-on avoir un agent puni par le juge répressif et non sanctionné par l'autorité disciplinaire ? Et, inversement peut-on avoir un agent sanctionné disciplinairement alors qu'il n'aurait pas été poursuivi devant une juridiction répressive (*principe de l'opportunité des poursuites*) ou, encore, relaxé pour insuffisance d'éléments probants permettant une condamnation ? Cette question, nous nous la sommes posée tout au long de cette étude et nous y avons répondu parfois de manière parcellaire. D'abord lorsque nous avons évoqué les interférences entre droit disciplinaire et droit pénal dans le chapitre sur la contrainte statutaire⁶⁸⁵, puis lorsque nous avons abordé les incompatibilités fonctionnelles, de fait ou de situation⁶⁸⁶. En complément de cette recherche précédente nous pouvons affirmer qu'il y a bien des interactions, que l'intérêt du service en cela rejoint l'intérêt public, ou pour le dire autrement que la raison rejoint l'évidence et l'accompagne jusque dans les décisions disciplinaires. Il ne peut y avoir de décision disciplinaire qui ne prendrait pas en compte un jugement devenu définitif et ayant force de chose jugée. Que si la décision pénale ne le prévoit pas dans ses attendus, par une interdiction d'exercer, le maintien en poste est rendu impossible. D'ailleurs, s'agissant du juge répressif comme il a été dit

⁶⁸⁴ J. Pralus-Dupuy, *La répression disciplinaire de l'infraction pénale*, revue crim. 1992, p. 229.

⁶⁸⁵ Voir supra le premier chapitre.

⁶⁸⁶ Voir supra pp. 125-130.

précédemment, il raisonne dans ses attendus en considération des fonctions. L'autorité disciplinaire peut, de son côté, raisonner sur une qualification pénale. La matérialité des faits étant les mêmes, les contradictions ne peuvent se faire que si l'agent obtient une relaxe. Là est la problématique que devra résoudre l'autorité disciplinaire. Comment reprocher des faits qui n'auraient pas abouti à une condamnation pénale ? Pour répondre à cette question il faut placer la décision disciplinaire dans le temps, par rapport à la décision pénale.

Si elle intervient avant que l'autorité disciplinaire se soit prononcée, l'autorité disciplinaire prendra en considération les conséquences juridiques que le juge pénal aura pu tirer des éléments de faits, et le rejoindra dans ses conclusions⁶⁸⁷. En cas de relaxe, l'autorité disciplinaire conserve un pouvoir d'appréciation au regard de la matérialité des faits et des répercussions sur le service. On en revient aux incompatibilités fonctionnelles évoquées plus haut⁶⁸⁸. Si les faits portent atteintes à la considération ou à l'honneur d'une fonction publique, la révocation semble inévitable. Si, à l'inverse, la faute ne relève pas d'une faute liée à une telle "atteinte", l'indulgence reste possible et, dans ce cas, l'appréciation se fera à travers trois critères principaux : la fonction publique d'élection de l'agent, les fonctions qu'il exerce (rang hiérarchique) et son implication dans la publicité des faits. C'est dans cet interstice, comme nous l'avons dit précédemment⁶⁸⁹, que se niche la part de subjectivité des incompatibilités fonctionnelles.

Si la décision de l'autorité disciplinaire intervient avant la décision pénale, toute relaxe ne remet pas en cause l'indépendance de l'autorité disciplinaire et son autonomie dans son pouvoir d'appréciation. En cas de recours de l'agent pour excès de pouvoir, le juge pourra se fonder sur ses mêmes incompatibilités fonctionnelles que celles retenues par l'autorité administrative.

⁶⁸⁷ Pour rappel (v. supra), la suspension ne peut durer que 4 mois, exception faite des cas où l'agent est poursuivi au pénal.

⁶⁸⁸ V. *Les incompatibilités fonctionnelles*, pp. 125-130.

⁶⁸⁹ V. supra p. 130.

SECTION 2

LES CONSÉQUENCES NON DISCIPLINAIRES

Il nous faut maintenant envisager les conséquences administratives non disciplinaires des cumuls illégaux. Nous parlons, en l'espèce, de conséquences et non de sanctions car, comme nous allons le voir, il a été considéré que certains actes de répétition des sommes indûment perçues (§1) ou la non attribution ou le retrait de l'honorariat (§2) ne pouvaient être considérés comme tels.

§.-1 La répétition des sommes indûment perçues

Indépendamment des sanctions disciplinaires qui pouvaient venir frapper un cumul illégal, l'ancien dispositif du décret-loi du 29 octobre 1936 imposait que l'agent reverse les sommes indûment perçues. L'action de répétition était prévue par l'article 6 de ce décret-loi : « *Toute infraction aux interdictions édictées entraînera (...) reversement, par voie de retenue sur le traitement, des rémunérations irrégulièrement perçues* »⁶⁹⁰. Aujourd'hui, cette obligation figure à l'article 25-V du statut général des fonctionnaires (Titre I⁶⁹¹).

On pourrait penser que cet acte de répétition soit de nature disciplinaire. Il n'en est rien. Il fait grief, à n'en pas douter, mais ce n'est pas une mesure disciplinaire. Une activité lucrative irrégulière peut entraîner des sanctions disciplinaires, d'une part, et le reversement des sommes perçues indûment, d'autre part, les deux n'étant pas indissociables⁶⁹². Il n'a jamais été considéré comme tel par la jurisprudence qui a eu l'occasion de le dire, notamment lorsqu'il s'agissait de se prononcer sur l'application des lois d'amnistie qui peuvent bénéficier aux sanctions disciplinaires. Pour le Conseil d'État le reversement des rémunérations perçues en méconnaissance de la réglementation

⁶⁹⁰ La voie de retenue sur traitement est privilégiée mais cela peut se faire sur ordre de l'ordonnateur du traitement principal.

⁶⁹¹ « (...) *La violation du présent article donne lieu au reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue* », L. du 13 juil. 1983, préc..

⁶⁹² Voir en ce sens l'arrêt du C.E. du 31 janv. 2001, n° 188684.

relative au cumul, « ne peut, **compte tenu de sa nature et de son objet**, être regardé comme une sanction professionnelle entrant dans le champ d'une loi (...) portant amnistie »⁶⁹³.

S'agissant du montant du remboursement⁶⁹⁴, il est à considérer que la jurisprudence qui réglait ce type de cas avant 2007 pourra trouver à s'appliquer et qu'en conséquence, « les sommes à reverser doivent comprendre l'intégralité des rémunérations irrégulièrement perçues, sans déduction du montant de l'impôt sur le revenu acquitté sur ces rémunérations »⁶⁹⁵.

L'autre sanction financière qui pourrait être envisagée dans le cadre d'un cumul irrégulier serait un remboursement des frais de scolarité, domaine que nous avons déjà étudié⁶⁹⁶. À considérer qu'une sanction de révocation d'un fonctionnaire⁶⁹⁷ vienne sanctionner un cumul irrégulier, on ne voit pas en vertu de quoi il ne pourrait être demandé une répétition des sommes qui auraient été allouées en vue de le former. Le fondement juridique pour ne pas considérer cet acte de répétition comme un acte disciplinaire serait le même que pour le reversement des sommes indûment perçues.

§2.- La non attribution ou le retrait de l'honorariat

L'honorariat est un privilège important qui permet de conserver une attache avec son ancienne fonction publique. Par exemple, s'agissant des magistrats honoraires, à chaque rentrée solennelle, ils peuvent venir assister aux cérémonies dans leur ancienne tenue de magistrat. Toutefois, si l'honorariat est une reconnaissance d'un service public

⁶⁹³ C.E., 16 janv. 2006, concl. M. Guyomar, req. n° 272648 ;V. AJDA 2006 p. 881, G. Peiser, *Les conséquences drastiques de la violation de l'interdiction d'exercer une activité privée*.

Comme le dit Manuel Carius, s'interrogeant à ce sujet, qu'il est difficilement envisageable « qu'une sanction disciplinaire ait pour objectif direct de porter atteinte au patrimoine de l'agent » (M. Carius, *Cumuls et agents publics*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 222 », 2002, préc., p. 182).

⁶⁹⁴ À condition de ne pas être dans le cas d'un cumul dissimulé à l'administration fiscale.

⁶⁹⁵ C.E., 16 janv. 2006, concl. M. Guyomar, req. n° 272648, préc..

On ajoutera que dans la mesure où le nouvel article 25 de la loi de 1983 précitée intègre expressément au nouveau dispositif les agents non titulaires de droit public, il est à considérer que pour eux, aussi, un cumul irrégulier serait frappé de la même répétition des sommes indûment perçues.

⁶⁹⁶ Voir supra pp. 107-111.

⁶⁹⁷ Ou de licenciement pour un non titulaire.

long accompli au bénéfice d'une administration (généralement 20 ans⁶⁹⁸), un cumul illégal dissimulé et découvert avant ou après le départ du fonctionnaire pourrait être considéré comme un comportement incompatible avec son octroi ou son maintien. Le retrait de l'honorariat peut toujours intervenir pour un tel motif et à considérer que le Conseil d'État a jugé qu'un refus d'octroi de l'honorariat n'a jamais été assimilé à une sanction disciplinaire⁶⁹⁹, son retrait ne le sera pas plus.

⁶⁹⁸ Ex. : art. 94 de la L. n° 84-53 du 26 janv. 1984 portant dispositions statutaires, pour la FPT.

⁶⁹⁹ Voir C.E., 22 nov. 1989, req. n° 95405. ; Considérant de principe : « *Considérant, en troisième lieu, que le refus de l'honorariat, quand bien même est-il pris en considération de la personne, ne constitue pas une sanction disciplinaire ; qu'il suit de là que M. Z. n'est pas fondé à soutenir que le Conseil supérieur de la magistrature aurait dû se réunir dans sa formation compétente pour la discipline des magistrats du parquet* ».

Conclusion du Chapitre I

Pour conclure ce chapitre et aussi nous avancer un peu dans le prochain, nous nous interrogeons sur l'impartialité entre le "procès disciplinaire" et le procès pénal. L'appréciation des faits se fait-elle en considération de la personnalité de l'agent fautif, lorsqu'il s'agit de droit disciplinaire ? Ou s'agit-il uniquement d'appliquer un contrôle restreint à la matérialité des faits ? La réponse se trouve selon nous dans la qualification de la faute de cumul irrégulier qui a été retenue par le pouvoir réglementaire. L'article 18 décret du 2 mai 2007 en énonçant que « *la violation des règles mentionnées aux chapitres Ier à III du présent décret expose l'agent à une sanction disciplinaire* », nous convainc qu'il y a là une exception à l'absence de "principe de légalité" du droit disciplinaire. Rarement un texte soumet expressément le non respect d'une norme déontologique à une **obligation** de sanction disciplinaire. Selon nous, dans ce genre de faute, l'autorité disciplinaire ne peut "adapter" sa sévérité, on lui demande d'apporter une réponse des plus fermes. C'est la raison pour laquelle la révocation se retrouve dans presque toutes les décisions disciplinaires et qu'il n'est jamais compris dans les sanctions du deuxième groupe (radiation du tableau d'avancement, abaissement d'échelon, exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de quinze jours ou déplacement d'office), et encore moins du premier (avertissement ou blâme). Peut-on, dès lors, parler de primauté du droit sur le fait ?

CHAPITRE II

LES SANCTIONS EXTERNES À L'ADMINISTRATION

On envisagera dans ce chapitre la responsabilité pénale des agents publics dans le cadre d'un cumul illégal expressément prévu par la loi, c'est-à-dire ceux entrant dans les prévisions de l'article 432-12 et 432-13 du code pénal. À ces articles répondent des réglementations distinctes. De ces variations, il s'ensuit, des conséquences dans l'application de la réglementation qu'il nous reviendra de préciser (**section 1**). Ensuite nous verrons les conséquences possibles du cumul illégal (**section 2**).

SECTION 1

LA RÉPRESSION PÉNALE

Alors que l'article 432-12 du code pénal interdit à tout agent le fait « *de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* », l'article 432-13 du même code vise les anciennes fonctions des agents publics. Au terme de ce dernier article ils ne peuvent, avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de leurs fonctions, exercer une activité lucrative dans une entreprise privée où ils auraient été, **de manière effective**, chargés soit d'assurer sa surveillance ou son contrôle, soit de conclure, ou d'émettre un avis, sur des contrats de toute nature avec elle.

Nous verrons que les dispositions du code pénal sont divisibles, de sorte que les éléments constitutifs du délit de cumul illégal sont de seuils différents. Nous nous attacherons d'abord aux caractéristiques de la prévention (§1) puis aux incriminations (§2).

§1.- Caractéristiques de la prévention

La notion d'agent public est entendue de manière extensive (A) tout comme la nature de l'activité (B).

A. La notion d'agent public

Tout d'abord, s'agissant de la qualité "d'agent public", elle n'est pas restrictive. Son identité normative importe peu. Le fait, par exemple, que l'incrimination pénale ait été réécrite en 2007 afin d'y ajouter expressément les agents des établissements et entreprises publics ou des sociétés d'économie mixte (alinéa 4 de l'article 432-13 du code pénal) ne doit pas s'analyser comme une possible réduction du champ d'application de l'infraction de prise illégale d'intérêts. La jurisprudence qui s'appliquait avant la loi du 2 février 2007 n'en sera pas modifiée, selon nous. Toutefois, cela reste une question préalable qui est nécessaire à la poursuite. Aussi, toute personne qui n'est pas dans l'emploi public ou en charge d'une mission de service public ne pourra entrer dans les prévisions des articles 432-12 du code pénal. L'infraction n'est constituée que si la prise d'intérêts existe au moment où l'agent public est en activité, c'est-à-dire lorsque celui-ci doit prendre part à une décision à l'égard d'une entreprise dans laquelle il est intéressé. L'auteur, s'il n'est pas un fonctionnaire ou un agent public, doit nécessairement être une personne chargée d'une mission officielle d'administration ou de surveillance d'activités privées au nom de la puissance publique. Par exemple, un administrateur provisoire n'étant chargé d'aucune mission de service public et n'exerçant pas de prérogative de la puissance publique, bien que nommé par décision de justice, n'est pas agent du gouvernement au sens de l'article 432-12 du code pénal⁷⁰⁰. Cette condition est aussi valable pour ceux qui sont accusés d'user d'ancienne fonction publique. Ainsi, la qualification pénale n'a pu être retenue dans une affaire où il a été démontré que la personne n'avait eu, par le passé, aucun lien de subordination avec une administration publique, et n'avait été au sens de l'article 432-13 du code pénal, ni fonctionnaire, ni agent, ni préposé d'une administration publique⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ Crim. 19 juin 1997, Bull. crim. n° 250 ; Dr. pénal 1998. 8 note J.-H. Robert.

⁷⁰¹ Paris 6 mai 1947, Dal. 1947.320 ; S. 1947.2.104 ; Gaz. Pal. 1947.2.28.

B. La nature de l'activité

S'agissant de la nature du conflit qui entre dans les prévisions des deux articles, elle peut se « *définir comme la situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs* »⁷⁰². Elle est entendue largement pas les juges. Le fait qu'un agent ait cessé toute activité ne remet pas en cause l'engagement de loyauté qu'il a pris en intégrant la fonction publique.

Par la locution « *quelconque* » que l'on retrouve dans les deux articles, on considérera, d'abord, que le caractère réel peut se retrouver dans un conflit qui serait lié à un intérêt dans une entreprise, par une possibilité d'en tirer un profit ou encore d'éviter une perte. Outre le caractère patrimonial, le caractère moral du conflit a été reconnu et caractérisé par les juges⁷⁰³. Une appartenance familiale, amicale, religieuse ou politique pourrait être un fait générateur possible. D'autant que, comme le précise la jurisprudence, l'intérêt peut être direct ou indirect, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire que l'acte intéresse l'agent lui-même, directement⁷⁰⁴. Il peut intéresser un tiers. Le fait qu'il y soit poussé ou sollicité par lui ne retire rien à la qualification de l'infraction. Quelque soit le motif de son action, il aurait dû s'abstenir. Comme le dit la juridiction répressive dans divers arrêt : l'intérêt « *est punissable alors même qu'il n'aurait retiré aucun profit personnel de l'opération ou que le profit en résultant ne lui aurait été remis qu'après l'opération* »⁷⁰⁵; il « *se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment de la recherche de tout gain ou de tout autre avantage personnel* »⁷⁰⁶, puisque « *l'article 432-12 du code pénal n'exige pas que l'intérêt pris par le prévenu soit en contradiction avec l'intérêt public* »⁷⁰⁷.

⁷⁰² P.-F. Cuif, *Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, RTD Com. 2005 p. 1.

⁷⁰³ C. crim., 29 sept. 1999 : l'intérêt peut aussi être de « *nature matérielle ou morale* » ; confirmation : Crim. 21 juin 2000, Bull. crim n° 239.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ C. Cass. 1^{er} juil. 1953, bull. crim, n° 229

⁷⁰⁶ C. cass. crim., 21 juin 2000.

⁷⁰⁷ C. crim., 19 mars 2008, n° pourvoi 07-84288, en l'espèce communal.

Aussi un dol général suffit comme le précise la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt récent du 22 octobre 2008. En l'espèce, s'appuyant sur une « obligation de veiller à la parfaite neutralité des décisions », elle précise que « l'infraction est constituée même s'il n'en résulte ni profit pour les auteurs ni préjudice pour la collectivité » ; les juges retiennent que « le dol général caractérisant l'élément moral du délit résulte de ce que l'acte a été accompli sciemment »⁷⁰⁸. Les juges signifient dans ce dernier arrêt que la prise illégale d'intérêts ne sanctionne qu'un comportement "d'ingérence" et non l'objectif poursuivi par l'auteur de l'infraction ou le résultat escompté. Pour Yves Mayaud la position de la Cour de cassation consiste à « ne pas faire de l'ingérence une infraction de profit, mais à stigmatiser la réalisation de l'ingérence sur la prise d'intérêts elle-même, sans égard pour les raisons qui peuvent accompagner le principe »⁷⁰⁹.

§2.- Les incriminations

Avant d'analyser les éléments centraux de l'incrimination du délit de prises illégales d'intérêts (B), il nous faut envisager la nouvelle qualification sur la réalité des fonctions exercées puisque la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007 précitée a réduit l'incrimination de l'article 432-13 du code pénal aux fonctions que l'agent a « effectivement exercées », à laquelle nous apporterons une réserve sur son efficacité⁷¹⁰ (A).

A. La réalité des fonctions exercées

Si la juridiction répressive se montre "souple" sur la notion d'agent public et sur l'intérêt que celui-ci peut en retirer, elle se veut plus pointilleuse et exigeante lorsqu'il

⁷⁰⁸ C. cass. crim., 22 oct. 2008, pourvoi n° 08-82068.

⁷⁰⁹ Y. Mayaud, étude n°241, collectivités territoriales, Responsabilités, éd. Lamy.

Ce qui fait dire à L. Janicot : « Pour échapper à une condamnation pour délit de prise illégale d'intérêts, les élus locaux n'ont donc pas d'autre choix que de s'abstenir de toute présence, directe ou indirecte, à une réunion de l'assemblée locale, au cours de laquelle doit être adoptée une délibération attribuant des subventions à des associations qu'ils peuvent présider » (L. Janicot, *La participation d'un élu à la délibération d'une assemblée locale attribuant des subventions à une association qu'il préside constitue-t-elle une prise illégale d'intérêts ?*, bull. juridique des coll. locales, n° 3/09, p. 203).

⁷¹⁰ Nous avons hésité à ranger ce nouveau critère dans les éléments d'identification "souple" de l'incrimination.

s'agit de vérifier la réalité des missions dont est, ou a été, investi l'agent. Peu importe le rang de celui-ci dans la hiérarchie. Le caractère subalterne de la fonction importe peu⁷¹¹. Toutefois, il faut qu'il ait un pouvoir de décision, aussi minime soit-il. Ainsi, des agents subalternes des services publics industriels ou commerciaux n'ont pas été considérés comme ayant la qualité d'agents publics, dans la mesure où ces agents n'étaient chargés d'aucune mission officielle leur donnant droit de délibérer, d'administrer, de liquider ou de surveiller une affaire au nom de la puissance publique⁷¹².

Ce critère sur la réalité des fonctions a été retenu par la loi du 2 février 2007 qui demande désormais que les fonctions aient été « *effectivement exercées* ». Au regard de ce critère nouveau, il est demandé au juge répressif⁷¹³ une prise en compte d'une réalité dans le contrôle ou l'avis émis à l'égard de l'entreprise en question⁷¹⁴. Toutefois, selon nous, cela ne changera rien à la position jurisprudentielle de la Cour de cassation qui continuera à caractériser un conflit d'intérêts même si l'agent n'a pas participé directement à la décision. Cette évolution doit juste s'analyser comme une "contrepartie" à l'abandon du projet de « permission législative » qui figurait dans le projet initial de *modernisation de la fonction publique* présenté au Conseil des Ministres en 2006. Cette disposition permettait de prémunir l'agent public de toute poursuite pénale dès lors qu'il avait, préalablement à toute activité post fonction publique, obtenu de la commission de déontologie un avis de compatibilité⁷¹⁵. Cela n'était pas jugé favorablement par la doctrine qui exprimait à ce sujet une « *forte réserve* »⁷¹⁶, ni par les parlementaires qui rejetaient la disposition. Toutefois, dans un souci de préserver l'agent

⁷¹¹ Crim. 21 déc. 1935, Gaz. Pal. 1936.1.138, en l'espèce simple technicien dans l'aéronautique.

⁷¹² Crim., 10 fév. 1988, Bull. crim n° 69 ; RS crim. 1988.772, obs. Delmas Saint-Hilaire.

⁷¹³ Et, par ailleurs, à la commission de déontologie (rappel : alignement de la nouvelle incrimination au niveau du contrôle préventif par la commission de déontologie ; v. supra).

⁷¹⁴ Rappel : la notion "d'entreprise" s'applique aussi aux entreprises publiques, à condition qu'elles exercent leur activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

⁷¹⁵ Il était aussi question de créer, en contrepoint de cette nouvelle garantie offerte aux agents publics, un délit de non-saisine.

⁷¹⁶ D. Jean-Pierre, *La loi de modernisation de la fonction publique*, JCP (CT) n° 6, 5 Février 2007, act. 107 : « *Il est à souligner que le Sénat a fait preuve d'une grande sagesse en écartant le mécanisme dit de « permission législative » (l'avis favorable de la commission aurait empêché que l'agent puisse faire l'objet d'une condamnation pénale pour prise illégale d'intérêts) et en empêchant la création d'un délit de non-saisine de la commission de déontologie, deux mécanismes sur lesquels nous avons eu l'occasion d'exprimer les plus grandes réserves* ».

public d'une poursuite qu'ils jugeaient trop étendue, ils optèrent donc pour une réduction de l'incrimination de l'article 432-13 du code pénal, moins contestable.

B. Les définitions du délit de prise illégale d'intérêt

Il nous faut envisager les deux cas d'incrimination : la prise illégale d'intérêts de l'agent en exercice (1) et celle où il n'est plus en activité (2).

1. L'incrimination de prise illégale d'intérêts de l'agent toujours en activité

L'article 432-12 du code pénal retient quatre critères pour la qualification de prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions. Il vise les missions de surveillance, d'administration, de liquidation et de paiement. Si la jurisprudence n'exige pas une réalité dans l'exercice des fonctions, comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, en retenant les fonctions subalternes, il ne retient l'infraction que si l'acte est consommé. Par exemple, s'il peut retenir de simples pouvoirs de préparation⁷¹⁷ ou de proposition⁷¹⁸ prises par d'autres, il demande que celui qui les reçoit ait eu au temps de l'acte, l'administration ou la surveillance de l'affaire⁷¹⁹. En dehors de ces cas particuliers d'un avis ou d'une préparation à une décision qui puisse produire effet, le délit n'existe pas. Ainsi, dans ce sens, on ne peut incriminer un agent public du seul fait de son appartenance à une administration. Il est nécessaire qu'il puisse par un pouvoir propre, ou pour le moins par un pouvoir partagé au sens de l'avis ou de la préparation, avoir été à l'origine de la prise d'intérêts. Toutefois, par souci de réalisme le juge pourra présumer la prise d'intérêts dans les cas de délégation de signature, par exemple. Elle ne peut faire obstacle à une poursuite si l'intérêt de celui qui donne la délégation est avéré et que celle-ci ne lui retire pas son pouvoir de surveillance et d'administration de la conclusion d'un contrat, en tant que supérieur hiérarchique. Ainsi, il a été considéré par la chambre criminelle de la cour de cassation qu'un prévenu, qui avait un intérêt moral dans une entreprise (en l'espèce familial), bien qu'il est établi qu'il n'avait pas pris une part quelconque, de façon directe ou indirecte, au processus de décision, ne pouvait être

⁷¹⁷ Crim. 7 oct. 1976, Bull. crim. n° 285 ; RS crim. 1977.325, obs. Vitu.

⁷¹⁸ Crim. 30 juin 2010, RPDP 2010.98, note Segonds.

⁷¹⁹ Crim. 24 oct. 1957, Bull. crim. n° 676.

écarté de la répression pour ce seul motif. En l'espèce, les juges de la haute juridiction ont jugé les attendus des juges du fond peu convaincant, car la délégation donnée à un chef de service ne pouvait lui retirer son pouvoir de surveillance et d'administration dans la conclusion du contrat litigieux⁷²⁰.

2. L'incrimination de prise illégale d'intérêts des anciens agents

Au terme de l'article 432-13 du code pénal l'agent ne peut, avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ses fonctions, exercer une activité lucrative dans une entreprise privée où il aurait été, de manière effective, chargé soit d'assurer sa surveillance ou son contrôle, soit de conclure des contrats de toute nature avec elle ou de formuler des avis sur de tels contrats, soit encore, de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par elle ou de formuler un avis sur de telles décisions. Compte tenu du champ d'application très large de la prohibition, le juge s'attachera au caractère effectif des missions qui auraient été confiées lorsqu'il était en fonction. On pourrait parler de "ressort" du champ d'influence que pouvait avoir l'administration d'origine avec l'entreprise "d'accueil". Dans ce type d'infraction, les juges se veulent plus volontaristes et ne sont pas subordonnés à des modalités particulières puisque la lecture de la jurisprudence nous révèle qu'un contrôle assez théorique d'une entreprise suffit pour entrer dans les prévisions de l'article 432-13 du code pénal. La cour de cassation n'exige pas que l'ancien agent ait participé à une mission de contrôle ou de surveillance, il lui suffit qu'il ait été en droit d'exercer.

⁷²⁰ Crim. 9 février 2005, 03-85.697.

SECTION II

LES CONSÉQUENCES CIVILES

Il nous faut désormais envisager les conséquences civiles d'un cumul illégal sur l'agent (§1) et sur les tiers (§2).

§1.- La reconversion rendue difficile du fait d'un cumul illégal

Tout d'abord, il est à considérer, de toute évidence, qu'un retour dans l'emploi public est quasiment impossible, même si quelques textes prévoient une réintégration à titre gracieux⁷²¹. De plus, si la condamnation au pénal s'accompagne d'une incapacité juridique, l'article 5-2° du statut général de 1983 emporte une interdiction d'exercer toute fonction publique⁷²². Même si l'incapacité est limitée dans le temps dans le cadre d'un cumul illégal à 5 ans, toute volonté d'un retour pourrait être compromise par l'article 5-3° du statut général de 1983 qui impose à toute autorité décisionnaire, dans le recrutement du personnel public, une consultation du casier judiciaire.

Enfin, s'agissant de l'intégration dans le secteur privé, certaines activités réglementaires exigent de leurs membres outre une probité, de ne pas avoir été auteurs d'agissements ayant donné lieu à une mise en retraite d'office ou à une sanction disciplinaire de radiation ou de révocation, comme c'est le cas pour les notaires en vertu décret du 5 juillet 1973, fixant les conditions générales d'aptitude d'accès à la profession⁷²³.

§2.- La non opposabilité aux tiers d'une incompatibilité

La mauvaise foi de ceux qui se livrent à un cumul prend parfois les formes les plus inattendues. Ainsi, la question s'est posée de savoir si un agent pouvait arguer de son incompatibilité pour se soustraire à ses obligations contractuelles. En l'espèce, il s'agissait

⁷²¹ Ex : L. n° 81-736 du 4 août 1981 portant amnistie.

« Cette réintégration étant facultative, la responsabilité de la personne publique sera difficile à engager » en cas de refus (D. Jean-Pierre, *L'éthique du fonctionnaire civil*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public-Tome 202 », 1999, p. 259).

⁷²² Voir supra p 60.

⁷²³ D. n° 73-609, 5 juillet 1973.

d'un fonctionnaire qui exerçait l'activité illégale de commerçant. Il refusait de s'acquitter de sa dette auprès de son bailleur en prétextant de sa propre turpitude⁷²⁴. L'anomalie était si flagrante que les juges de la chambre commerciale de la cour de cassation confirmaient l'arrêt rendu au fond qui « *formulait avec autorité la règle selon laquelle nul ne peut se prévaloir d'une incompatibilité pour se soustraire à ses obligations contractuelles* »⁷²⁵.

Conclusion du Chapitre 2

Le droit pénal, contrairement au droit disciplinaire, n'a pas spécialement pour ambition de s'inscrire dans une déontologie administrative, il ne fait que protéger l'ensemble du corps social, sans s'adresser aux particularités de telle ou telle administration. En effet, le juge répressif se veut moins subtil que le juge administratif qui, lui, introduit de nouvelles règles qui peuvent servir de "guide" à l'administration.

⁷²⁴ Si l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (« *nul ne peut être entendu s'il allègue de ses propres turpitudes* ») devait trouver à s'appliquer, cet exemple pourrait être retenu.

⁷²⁵ « *Cette incompatibilité ne peut être invoquée par un fonctionnaire, qui a pris un fonds de commerce en location-gérance, pour se soustraire à ses obligations contractuelles* » C. cass., 30 janv. 1996, *Mme Sarfatic/SARL Restaurant de l'Abbaye*, bull. civ IV, n° 30, p. 22 ; comm. J. Mestre, *Les contrats conclus au mépris d'une incompatibilité professionnelle*, *RTD civ.* 1996, p. 896 ; cet arrêt confirmait un arrêt rendu deux plus tôt, d'un fonctionnaire qui arguait de ce même argument, v. Com. 4 oct. 1994, P. Le Cannu, *La femme du boulanger également institutrice*, *Defrénois* 1995, art. n° 36017, n° 1, cité par *RTD com.* 1996, p. 236. v. aussi V. Barabé-Bouchard, *Les juges du fond pour qualifier un conjoint commerçant, doivent rechercher si ce conjoint n'exerce pas de manière habituelle une activité exclusive de celle de commerçant*, *Dal.* 1995, p. 456.

Pour rappel : En sens inverse, un agent public ne pourra prétendre à un droit au renouvellement d'un bail commercial. Toute demande en ce sens « *présentée par un fonctionnaire, même s'il est inscrit au registre du commerce, dès lors que le statut de fonctionnaire est incompatible avec celui de commerçant* » devra être rejetée (J.-P. Blatter, *Un fonctionnaire peut-il être titulaire d'un bail commercial ?*, *AJDA* 2002, p. 761 ; comm. C. cass. 3ème civ. 19 juin 2002, n° 1083).

Conclusion du Titre II

Aux conciliations du droit dérogatoire et aux contrôles préventifs de l'administration du Titre I, répondent la répression et ses conséquences d'un cumul irrégulier du Titre II. L'erreur serait de croire qu'ils s'opposent. Nous pensons que rien ne serait plus faux. Ils participent d'un même élan qui est d'assurer le respect d'une morale administrative. Alors que le contrôle hiérarchique et de la commission de déontologie peuvent prévenir des abus, le droit disciplinaire et le droit pénal vont garantir un respect des règles par la menace d'une sanction possible.

Conclusion de la deuxième partie

Si l'encadrement des incompatibilités s'est largement ouvert depuis la réforme de 2007, s'il se veut plus conciliant par un cumul "élargi", il ne présente toujours pas *a priori* d'homogénéité. Il continue de s'articuler à travers des textes épars qui manquent de clarté et de lisibilité, rendant son approche difficile. Un regroupement des dérogations autour des grands principes, tel que celui de désintéressement, de loyauté et de probité, uniquement, aurait permis plus de cohérence dans les prescriptions.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'objet de cette thèse était d'identifier la notion d'incompatibilité dans ses fondements, de mettre en évidence ses contours et d'analyser ses mécanismes régulateurs. Au terme de cette étude il ressort que « *l'impossibilité d'avoir certaines activités, certaines fonctions ou situations privées* »⁷²⁶ s'inscrit désormais dans une contrainte élargie qui doit s'analyser sur plusieurs niveaux. Aux obligations générales et impersonnelles des "textes d'engagement" (statut pour les fonctionnaires, contrat pour les non titulaires), les agents publics se sont vu imposer des devoirs plus spécifiques par des textes propres (codes de déontologie, chartes, directives...) ou des "standards" jurisprudentielles. Ces nouvelles règles qui viennent en appoint des interdictions formelles doivent s'analyser comme des règles impératives qui vont conditionner tout agent public selon sa fonction publique d'élection ou son rang. Ainsi, pour nous, il y a deux grands types d'incompatibilités dans la fonction publique : les incompatibilités formelles et les incompatibilités fonctionnelles que nous qualifions aussi "d'incompatibilités de fait" ou "d'incompatibilités de situation". Nous nous sommes attachés tout au long de cette étude à mettre en exergue ces nouvelles exigences tant juridiques que morales requises à l'égard des agents publics. Alors que l'aspect conceptuel nous a permis de présenter les nouveaux outils relatifs aux nouvelles valeurs de modernisation de la fonction publique, l'étude de son aspect fonctionnel nous a permis de mettre en évidence ses manifestations concrètes pour les inscrire dans les principes qui ont pris forme. De ce travail qui présentait le risque d'une dispersion nous nous sommes fixé comme objectif d'en faciliter sa lecture en nous nous attachant aux grandes lignes. C'était notre engagement de départ. Nous laissons à d'autres le soin de se les réapproprier plus en avant, d'autant qu'au regard des évolutions probables qui tendent à vouloir inscrire les règles déontologiques dans les textes statutaires, les contraintes déontologiques sont appelées à être reprises et précisées, dans une conjugaison renouvelée.

⁷²⁶ G. Cornu, « Droit », in *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, coll. Quadrige, 7^{ème} éd., 2005, préc..

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie est divisée en six parties :

- I - Traités, manuels et ouvrages généraux,
- II - Thèses,
- III - Articles,
- IV - Notes, observations et chroniques,
- V - Conclusions,
- VI - Rapports et documentations internes.

I - Traités, manuels et ouvrages généraux

- AUBIN (E.) ; *Droit de la fonction publique*, Gualino, 4^{ème} éd., 2010.
La fonction publique territoriale, Lextenso, 3^{ème} éd., 2009.
- AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.), TAILLEFAIT (A.), *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2009.
- BECCARIA (C.), *Des délits et des peines, Dei delitti e delle pene*, 1764 (IV : « Interprétation des lois »), Traduction M. Chevallier, Paris, GF, 1991.
- BENTHAM (J.), *Déontologie, ou science de la morale*, Paris, 1834
- BERTHÉLÉMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 1901, 13^{ème} éd., 1933.
- CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La déontologie des magistrats*, Dalloz, 2003.
- CARCASSONNE (G.), *Société de droit contre État de droit*, Mélanges en l'honneur de G. Braibant, « L'État de Droit à l'épreuve de la corruption », Dalloz, 1996.
- CARIUS (M.), *Cumuls et pantouflage dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 2001.
- CATHERINE (R.), *fonctionnaire français. Droits, devoirs, comportement Le. Introduction à une déontologie de la fonction publique*, Paris, Albin Michel, 1961.
- CHAMBON (F.), GASPON (O.), *La déontologie administrative*, LGDJ, 1997.
- CHAMPY (P.) et ETEVÉ (C.), *Dictionnaire encyclopédique de l'éducation et de la formation*, édit. Les Usuels Retz, 3^{ème} éd., 2005.
- CHEVALIER (J.), *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, PUF, 1956.
- CORNU (G.), « Droit », in *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, coll. Quadrige, 7^{ème} éd., 2005.
- CLAM (J.) et MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998.

- DARESTE (R.), *La Justice administrative en France ou Traité du contentieux administratif*, Auguste-Durand, 1862.
- DARESTE (M.-C.), *Histoire de France depuis l'origine jusqu'à nos jours*, Paris, Henri Plon, 1865.
- DEMARTIAL (G.) ; *La condition juridique du fonctionnaire*, Berger-Levrault, 1907.
Le statut des fonctionnaires, Texte imprimé, 1908.
- DONIER (V.), *Quelle place pour les collectivités territoriales dans la politique de l'emploi ?*, L'Harmattan, 2012.
- DUGUIT (L.), *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903, Dalloz, 2005.
Les transformations du droit public, coll. A. Colin, 1913.
Traité de droit constitutionnel, Paris, Brocard, T. 3, 3^e éd., 1927.
- DEUMIER (P.), *La réception du droit souple par l'ordre juridique*, pp. 113-139, in *Le droit souple : Journées nationales*, Boulogne sur-Mer (Association Henri Capitant), Tome 13, Dalloz, 2009.
- FOLSCHELD, Le MINTIER (B.) et MATTEI (J.-F.), *Philosophie, Éthique et droit de la médecine*, PUF, coll. Thémis Philosophie, 1997.
- FORTIER (C.), *Université, Universités*, Actes de colloque, Université de Besançon, Dalloz, 2010.
- de GISLAIN (G.), *Histoire des institutions 987-1789*, Paris, Revue universelle, 1992.
- GONOD (P.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 1956.
- GRÉGOIRE (R.), *La fonction publique*, Dalloz, 1954, rééd. 2005.
- HAURIOU (M.), *L'institution et le droit statutaire*, R. de l'académie de Législation de Toulouse, 1906.
Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre, extrait du recueil de législation, Tome V, Toulouse ; E. Privat, 1909, S95/6005, 1995, BNF, Paris, MICRO-FICHE 8-F-20326.
- JUBAULT (C.), *Les « codes de conduite privés »* pp. 27-37, in *Le droit souple : Journées nationales*, Boulogne sur-Mer (Association Henri Capitant), Tome 13, Dalloz, 2009.
- JÈZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, Dalloz, T. 2, 3^{ème} éd., 2004.
- LAFERRIÈRE (É.) ; *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault (2 Tomes), 2^{ème} éd. Tome 1, 1896.
Cours de droit public et de droit administratif, Joubert, 2^{ème} éd., 1841.
- de LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLLÉ (P.), *Traité de droit administratif*, LGDJ, T. 2, *Les contrats administratifs*, 2^{ème} éd., 1984.
- de LAUBADÈRE (A.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, LGDJ, T.5, *La fonction publique*, 12^{ème} éd., 2000.
- LAURIE (F.), *Le pouvoir disciplinaire, socle du droit disciplinaire de la fonction publique*, Actes de colloque, Université de Saint Étienne, 2005, *Vers un*

- droit disciplinaire ?*, Publications de l'université de Saint Étienne, Collection Droit, 2007.
- de LA ROCHEFOUCAULD (M.), *Réflexions ou sentences et maximes morales*, 1664, éd. Garnier frères, 1961.
- LE BOZEC (C.) et WAUTERS (É.), *Pour la révolution française : recueil d'études en hommage à Claude Mazauric*, publication universitaire de Rouen, 1998.
- LÉVY (A.) et PINET (G.), *L'argot de l'X : 150 ans de la vie à l'école polytechnique*, éd. Layet, 1981.
- LEROY (M.), *Les transformations de la puissance publique. Les syndicats de fonctionnaires*, V. Giard et E. Brière, 1907.
- MARKUS (J.-P.), *Les juridictions ordinaires*, LGDJ, 2003.
- MELLERAY (F.), *Droit de la Fonction publique*, 3ème édit., 2013, Économica.
- OLLIVIER (É.), *Les coalitions. Commentaire sur la loi du 25 mai 1864*. Maresq Ainé, 1864
- PÉLISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), DOCKES (E.), *Les grands arrêts de droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008.
- PISIER (E.), BOURETZ (P.), *Le paradoxe du fonctionnaire*, Paris, Calmann-Lévy, 1988.
- PLANTEY (A.), *Traité général de la fonction publique*, Litec, 2^{ème} éd., 2001.
- POCHARD (M.), *Les 100 mots de la fonction publique*, PUF, coll. Que sais-je ?
- PUGET (H.), *L'État et ses agents*, in *La réforme de l'État*, Félix Alcan, 1936.
- RAY (J.-E.), *Droit du travail- Droit vivant*, Liaisons, 11^{ème} éd., 2002.
- ROLLAND (L.), *Cours polycopié de droit administratif, D.E.S. de droit public*, 1934.
Cours de droit administratif, D.E.S de droit public, 1935/1936.
- ROUBAN (L.) *La fonction publique*, La Découverte, 3^{ème} éd., 2009.
- ROUSSELET (M.), *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, édit. Plon, 1957.
- SERRIGNY (D.), *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans les rapports avec le droit civil*, T. I, éd. Durand, 1865.
- SIWEK-POUYDESSEAU (J.), *Le syndicalisme des fonctionnaires jusqu'à la guerre froide : 1848-1948*, Presses Universitaires de Lille, 1989.
- de TOCQUEVILLE (A.), *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy Frères.
- VIGOUROUX (C.), *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz.
- WEBER (M.) , *Le savant et le politique*, 1919, édit. La découverte.

II - Thèses

- BAILLEUL (D.), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 220 », 2002.
- BONNARD (R.), *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Thèse Bordeaux, 1902.
- BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Thèse L'Harmattan, 2010.
- CARIUS (M.), *Cumuls et agents publics*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 222 », 2002.
- CHAUVET (C.), *Le pouvoir hiérarchique*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 276 », 2013.
- COLIN (F.), *L'aptitude dans le droit de la fonction publique*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 211 », 2000.
- DELPÉRÉE (F.), *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 85 », 1969.
- DESMONS (É.), *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 193 », 1999.
- DUFAU (V.), *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, Thèse L'harmattan, 2000.
- FONT (N.), *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Thèse LGDJ, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses – Volume n° 85 », 2009.
- HECQUARD-THÉRON (M.), *Essai sur la notion de réglementation*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 126 », 1977.
- JEAN-PIERRE (D.), *L'éthique du fonctionnaire civil*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public- Tome 202 », 1999.
- KAFTANI (C.), *La formation du concept de fonction publique en France*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 196 », 1998.
- KONDYLIS (V.), *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 168 », 1995.
- LUPI (G.), *Les positions du fonctionnaire*, Thèse Paris, Dalloz [Texte imprimé, BNF], 1956.
- MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Thèse LGDJ, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses – Volume n° 26 », 2003.
- NÉZARD (H.), *Théorie juridique de la fonction publique*, Thèse Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901.
- PEUCHOT (É.), *L'obligation de désintéressement des agents publics*, Thèse Lille, 1988.

- RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 135 », 1980.
- SFEZ (L.), *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public- Tome 71 », 1966.
- TCHUNG-HAN (T.), *Étude sur la définition et la situation juridique du fonctionnaire dans le droit administratif français*, Thèse Lyon [Texte imprimé, BNF], 1942.
- THÉRON (S.), *La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif*, Thèse L'Harmattan, 2002.
- UNTERMAIER (É.), *Les règles générales en droit public français*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public – Tome 268 », 2011.
- VIMBERT (C.), *La tradition républicaine en droit public français*, Thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique – Tome 73 », 1992.
- WELTER (H.), *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Thèse Nancy, 1929.

III - Articles

- AMSELEK (P.), *Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008-4, p. 1848.
- ARTUS (D.), *Conséquences sur les contrats de la reprise en régie d'un SPA géré par une personne privée*, AJDA 2003, p. 1280.
- AUBIN (E.), *L'influence du droit du travail sur la situation des personnels de la fonction publique territoriale*, E.C.T., juin 2006.
- BARTOLI (A.), *Vers un management public éthique et performant*, RFDA 2011/4 n° 140, pp. 629-639.
- BOURDON (J.), *Entre unité et unification du droit de la fonction publique*, AJFP 2010, p. 225.
- BOUTELET (P.), *Droit d'option des "Berkaniens"*, AJFP 2011, p. 11.
- CARIUS (M.), *Feu le décret du 29 octobre 1936*, AJDA 2007, p. 521.
- CAUDAL (S.), *Un statut de fonctionnaire ou de magistrat ?*, JCPA n° 30, 25 Juillet 2005, p. 1298.
- CHAGNOLLAUD (D.), *Le premier des ordres : les hauts fonctionnaires (XVIIIe-XXe siècle)*, revue française de science politique, 1992, vol. 42, n°1, p.138.
- CHALTIEL (F.), *Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité. Développements récents*, AJDA 2009, p. 1650.

- CHARLE (C.), *Le pantouflage en France (vers 1880-vers 1980)*, in *Annales ESC* (Économies. Sociétés. Civilisations), n° 5, 1987, pp. 1115-1137.
- COLLET (M.), *Chronique de droit administratif et finances publiques*, RFDA 2014, p. 1015.
- CRISTOPHE-TCHAKALOFF (M.-F.), *Fonction publique et droit communautaire*, AJFP 2001, p. 4.
- CUIF (P.-F.), *Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, RTD Com. 2005 p. 1.
- DELPECH (X.), *Les conditions d'accès des agents publics au régime de l'auto-entrepreneur*, Dal. 22 juil. 2010
- DUPUY (O.), *Les activités accessoires des agents publics après la réforme du 2 février 2007*, RFDA 2008, p. 160.
- DOUBLET (Y.-M.), *Nominations au tour extérieur et « pantouflage » dans la haute fonction publique*, RFDA 1995, p. 716.
- ESCANDE-VARNIOL (M.-C.), *Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail*, D. soc. 2002, p. 1064.
- FAVRO (K.), *Le contrôle du juge administratif sur la discipline des magistrats de l'ordre judiciaire*, revue de la recherche juridique-droit prospectif, 2001-4 (vol. 3), PUAM, p. 1706.
- FORTIER (C.), *Pas de cumul de rémunérations pour les doctorants sous contrat !*, AJFP 2009, n° 6, p. 300.
Actes de colloque, Université de Besançon, Dal., 2010, p. 7.
- FITTE-DUVAL (A.) ; *Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique*, AJFP 2006, p. 4.
Statut et contrat : quelle coexistence dans la fonction publique hospitalière ?, AJFP 2011, p. 250.
- FRATACCI (S.), *La suspension d'un fonctionnaire ouvre-t-elle une vacance d'emploi ?*, RFDA 1994, p. 467.
- GAUDEMET (P.-M.), *Le déclin de l'autorité hiérarchique*, Dal. 1947, pp. 137-140.
- GAUDEMET (Y.), *Existe-t-il une catégorie d'agents publics contractuels de l'administration ?*, AJDA 1977, p. 614.
- GÉRAUD-LLORCA (E.), *L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil*, in *Les bonnes mœurs*, PUF.
- GIRARD (D.), *Ethique et services public : où en sommes nous ?*, revue Éthique publique, vol. 4, n°1, 2002, p. 159.
- GLASER (E.), *La situation des agents contractuels*, RFDA 2009, p. 89.
- GUÉRARD (S.), *Les cessations définitives de fonctions*, Encyclopédie des collectivités locales, Dal., sept. 2014.
- GUGLIELMI (G.), *Un avocat professeur de droit ne doit pas plaider contre l'État*, AJFP 2000, p. 51.

- GUILLET (N.), *Interdits et interdictions dans le droit de la fonction publique*, Revue Droit et cultures, L'Harmattan, n° 57-2009/1, pp. 77-93.
- HUGLO (B.), *Une nouvelle obligation : celle de bien réglementer ?*, AJDA 2009, p. 20.
- JEAN-PIERRE (D.), *Propos irrévérencieux sur la déontologie des agents de police municipale*, JCP-A n° 39, 22 sept. 2003, p. 1234.
- Réforme de la mise à disposition et de la déontologie des fonctionnaires ; le bonheur est dans le privé*, JCPA 2006, p. 1171.
- La loi de modernisation de la fonction publique*, JCP (CT) n° 6, 5 Février 2007, act. 107.
- La modernisation des cumuls d'activités des agents publics*, JCP (CT) n° 12, 19 Mars 2007, p. 2068.
- Acte II de la nouvelle déontologie des agents publics : le décret relatif à l'exercice d'activités privées*, JCP(CT) n° 22, 28 mai 2007, p. 2134.
- JESTAZ (P.), *La sanction ou l'inconnue du droit*, chron. n° XXXII, Dal. 1986, pp. 197-204.
- KESSLER (M.-C.), *Fonction publique et secteur concurrentiel*, AJDA 1994, p. 436.
- KOUBI (G.), *La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ?*, dans *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (dir.), LGDJ, 1998.
- LAFFAILLE (F.), *Élection législative : éligibilité d'un maître de conférences*, rec. Dalloz 2014, page 19.
- LANORD (M.), *Le cumul d'un emploi public et d'une activité lucrative : un débat faussé*, AJFP 2003, p. 27.
- LAPIN (J.), *Performance et fonction publique de l'État : les réformes récentes*, RFDA, 2009/3 n° 131, pp. 601-614.
- LAVAL-MADER (N.), *Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ?*, AJDA 2009, p. 1230.
- MAGGI-GERMAIN (N.), *Statut et contrat : deux modes de construction de la relation de travail*, Revue de l'Ires, numéro spécial (n°45), *Les relations professionnelles dans secteur public*, 2004/2, pp. 103-117.
- MALIGNER (B.), *Le contentieux des élections municipales de 1989*, RFDA 1991, p. 2.
- MALLOL (F.), *Condition de moralité et accès à la fonction publique*, LPA, 23 juin 1995 n° 75, P. 4.
- MARC (E.) et STRUILLLOU (Y.), *Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ?*, RFDA 2010, novembre 2010, n° 6, p. 1169.
- MARCEAU (A.), *La participation des collectivités territoriales à la "privatisation" de l'emploi public*, p. 203, contribution à l'ouvrage intitulé *Quelle place pour les collectivités territoriales dans la politique de l'emploi ?* de Donier (V.) (sous sa direction), L'harmattan, 2012.

- MEKHANTAR (J.), *Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques*, RAJF, 2000.
- MELLERAY (F.), *Nouvelle illustration de la situation "quasi-réglementaire" des agents publics contractuels*, Dr. adm., n° 3, mars 2009, communication n° 41.
- MESTRE (J.), *Les contrats conclus au mépris d'une incompatibilité professionnelle*, RTD civ. 1996, p. 896.
- MONIOLLE (C.), *Le « non-titulariat » dans la fonction publique de l'État : un phénomène inéluctable*, AJFP 1998, p. 45.
- MONTECLER (M.-C.), *La CEDH condamne l'interdiction des syndicats dans l'armée*, Dal. 7 oct. 2014.
Des obligations nouvelles et des droits modernisés pour les fonctionnaires, AJDA 2013, p. 1364.
La commission de déontologie suggère de revoir les règles de saisine, 20 juin 2013, Dal. actualité, 20 juin 2013.
- MORET-BAILLY (J.), *Définir les conflits d'intérêts*, rec. 2011, p. 1100.
- ONNO (J.), *La déontologie de l'administration*, LPA, 24 déc. 1999, n° 256, p. 15.
- PALAU (Y.), *L'évolution du statut des personnels des assemblées parlementaires*, RFD const. 1998 p. 321.
- PEISER (G.), *Les conséquences drastiques de la violation de l'interdiction d'exercer une activité privée*, AJDA 2006 p. 881.
- POCHARD (M.), *Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique*, CFPA, juin 2002, p. 3.
- POTIER (V.), *Les conflits de valeurs dans la fonction publique territoriale*, AJDA 2013, p. 1221.
- PRALUS-DUPUY, *La répression disciplinaire de l'infraction pénale*, revue criminelle 1992, p. 229.
- QAZBIR (H.), *Le conflit d'intérêts dans le droit de la fonction publique*, AJFP 2014, p. 277
- REYGROBELLET (F.), *« L'auto-entrepreneur » : vers un statut de l'activité indépendante*, revue Lamy droit des affaires, 2009.
- RIALS (S.), *Sur une distinction contestable et un trop réel déclin*, AJDA 1981, p. 115.
- RICHARD MISRAI (S.), *L'interdiction du cumul dans le secteur public : du principe à l'exception*, AJFP 2012, p. 7.
- RIVERO (J.) ; *Vers la fin du droit de la fonction publique*, Dal. 1947, chron. n° 152, p. 149.
Droit du travail et droit administratif, 1960, Dr. soc. 1960, p. 609.
- SCHMIDT (D.), *Essai de systématisation des conflits d'intérêts*, rec. p. 446.
- SCHRAMECK (O.), *La déontologie du fonctionnaire*, Actes du colloque du 7 novembre 1996 à l'ÉNA, Cahiers de la fonction publique et de l'administration, numéro spécial supplément au n° 153, éd. BERGER-LEVRAULT, Paris, 1997.
Du statut à la déontologie, Pouvoirs locaux, 1995, n° 27, p. 57.

- SAUVÉ (J.-M.), *Conflits d'intérêts et déontologie dans le secteur public*, AJDA, 30 avril 2012, p. 861.
- SOISSON (J.-P.), *La déontologie du fonctionnaire*, Actes du colloque du 7 novembre 1996 à l'ÉNA, CFPA, n° spécial supplément au n° 153, éd. BERGER-LEVRAULT, Paris, 1997.
- SOYKURT (S.), *La loi du 12 mars relative à l'accès des agents contractuels de la fonction publique à l'emploi titulaire*, AJFP 2012, p. 178.
- STRUILLOU (Y.), *Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique*, AJDA 2011, p. 2399.
- TACKETT (T.), *Les députés de l'assemblée législative 1791-1792*, in *Pour la révolution française : recueil d'études en hommage à Claude Mazauric*, par LE BOZEC (C.) et WAUTERS (É.), publication universitaire de Rouen, 1998, p. 139.
- TAILLEFAIT (A.) ; *Les agents non titulaires de droit public*, E.C.T. 2010.
Déontologie des fonctionnaires et principes du service public de l'éducation nationale, publication de L'École supérieure de l'éducation nationale, mars 2010.
- TEYSSIER (A.), *Le général de Gaulle et la création de l'ÉNA*, Revue Espoir n° 103, 1995.
- THIBIERGE (C.), *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, RTD civ. 2003, p. 599.
- THOMAS-TUAL (B.), *Le code de déontologie de la police nationale : un texte passé inaperçu*, RDP, 1991, pp. 1385-1405.
- TRAVARD (J.), *Jean Rivero et les lois du service public*, AJDA 2010 (revue n° 18), p. 987.
- SAUVÉ (J.-M.), *Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires ?*, intervention à l'ÉNA, 27 mars 2013.
- SEGONDS (M.), *Définition de la qualité d'agent public : la primauté du critère fonctionnel*, Dal. 2001, p. 2354.
- VIER (C.-L.), *La notion de conflit d'intérêts*, AJDA 2012, p. 871.
- WAGNER (M.), *Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration de la pénalisation à outrance*, RSC, 2011, p. 37.
- WEILL (P.), *Vers une normativité relative en droit international ?* Revue générale de droit international, pp. 5-47.
- WOLIKOW (J.), *Fonctionnaires et salariés : différences, convergences*, AJFP 2010 p. 172.

IV - Notes, observations et chroniques

- ALBERELLI-FRANCFORT (S.), note sous TC, 25 mars 1996, *Berkani c/ CROUS de Lyon-Saint-Étienne*, LPA, 15 janv. 1997, p. 35.
- BOTTEGHI (D.) et LIÉBER (S.-J.), chronique sous C.E. (A), 31 décembre 2008, *M. Cavallo, Le retour du "fonctionnaire contractuel" ?*, AJDA, 2 février 2009, p. 142.
- Chronique sous C.E. (S), 11 déc. 2008, n° 307405, *Irrecevabilité de la requête d'une association de défense des intérêts professionnels des militaires*, AJDA 2009, p. 148.
- BOUCHER (J.) et LENICA (F.), chronique sous C.E. (A), 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, requête n° 287845, AJDA 2007, p. 358-362.
- CARIUS (M.), commentaire sur CAA, Paris, 21 fév. 2006, n° 03-PA01680, JCP (A), n° 25, 19 juin 2006, p. 1135.
- CHAVAUX (D.) et STAHL (J.H.), chronique sous TC, 25 mars 1996, *Berkani c/ CROUS de Lyon-Saint-Étienne*, AJDA 1996 p. 355.
- EVEILLARD (G.), note sous C.E. (A), 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, RFDA 2007, n° 6, p. 275.
- GLASER (E.), chronique sous C.E. (A), 31 décembre 2008, *M. Cavallo*, rec. p. 429, (Les) *Obligations de l'administration qui a irrégulièrement recruté un agent contractuel de droit public. La situation des agents contractuels*, RFDA 2009 p. 89.
- HAURIOU (M.), note sous ; C.E., 28 juin 1918, *Heyriès*, S. 1922.III.49.
C.E., 1^{er} mars 1912, *Tichit et autres*, S. 1913.III.137.
- JEAN-PIERRE (D.), note sous C.E. (A), 31 décembre 2008, *M. Cavallo*, JCP (Administrations et collectivités territoriales), n° 11, 9 mars 2009, 2062.
- LANDAIS (C.) et LENICA (F.), chronique sous C.E. (A), 24 mars 2006, *Société KPMG et société Ernst et Young et autres* AJDA 2006, p. 1028.
- MAUGÜÉ (C.) et SCHWARTZ (R.), chronique sous C.E., 6 novembre 1992, *Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget c/ SCI Les Hameaux de Perrin : Un membre de l'enseignement autorisé à exercer les fonctions d'avocat ne peut plaider en justice contre l'Etat*.
- MELLERAY (F.), note sous C.E. (A), 31 décembre 2008, *M. Cavallo, Nouvelle illustration de la situation "quasi-réglementaire" des agents publics contractuels*, JCP-A n° 3, mars 2009, com. n° 41.
- PLANCHET (P.), *Les garanties morales requises de candidats à la Fonction publique*, AJDA p. 1016.
- PLESSIX (B.), note sous C.E. (A), 31 décembre 2008, *M. Cavallo*, JCP 2009.I.130, § 8.

V - Conclusions

- AGUILLA (Y.) sur C.E. (A), 24 mars 2006, *Société KPMG et société Ernst et Young et autres*, rec. p. 1564.
- BERTRAND (L.) sur C.E. (S), 11 déc. 1970, *Crédit Foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, n° 78880, rec. pp. 750-759.
- BLUM (L.) sur C.E., 8 nov. 1918, *Renoux c/ ville d'Agen*, rec. 1918, p. 966.
- CORNEILLE sur C.E., 14 janv. 1916, *Camino*, rec. p. 15, RDP 1971.463, note JÈZE.
- DAVID sur TC, 8 février 1873, *Blanco*, rec. (1^{er} supplément) p. 61 ; D. 1873.III.17 ; S. 1873.III.153.
- GENEVOIS sur ; C.E. (S), 9 juin 1978, rec. p. 245, note SALON, RDP 1979.227.
C.E. (S), 25 mai 1979, *Mme Rabut*, rec. p. 231.
C.E. (S), 19 décembre 1980, *Reveillod*, rec. p. 479.
- GRÉVISSE (S.) sur C.E. (A), 8 juin 1973, *Dame Peynet*, rec. p. 406.
- GUYOMAR (M.) sur C.E. (A), 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, requête n° 287845, rec. p. 540.
- LAGRANGE sur C.E. (S), 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire*, rec. p. 843 ; D. 1938.III.49, note C. Eisenmann ; RDP 1938, p. 121, note G. Jèze ; S. 1940.3.13.
- MARTIN (Ph.) sur TC, 25 mars 1996, *Berkani c/ CROUS de Lyon-Saint-Étienne*, rec. C.E., p. 535.
- MASSOT sur C.E., 6 oct. 1976, *Badinter et Bredin*, rec. p. 394.
- RIVET sur C.E., 20 janvier 1922, *Trépont*, rec. p. 65, RDP, 1922.81, note JÈZE : « *la situation des Préfets* ».
- SANSON (M.) sur C.E. (S), 29 juil. 1994, *Ribault et Clouet*, rec. p. 399 ; AJDA 1994, p. 738, concl. M. Sanson.
- TARDIEU sur C.E., 7 août 1909, *Winkell et Rosier* [2 arrêts], n° 37317, rec. p. 826 ; S. 1909.III.145, note Hauriou ; RDP 1909, p. 494, note Jèze.
- TEISSIER (G.) sur C.E., 11 décembre 1903, *Villenave*, rec. p. 767.

VI - Rapports et documentations internes

- Rapport public du Conseil d'État, *Sciences de la vie. De l'éthique au droit* (Notes et études documentaires n° 4855), 1988.
- Rapport public du Conseil d'État, Considérations générales : *De la sécurité juridique* (EDCE, n° 43), 1991.
- Rapport Bouchery sur la Prévention de la corruption et la transparence de la vie économique, 1993, La doc. fr.
- Rapport n° 656 (J. Rosselot) relatif à certaines modalités de nomination dans la FPE, 1993, La Doc. fr.
- Rapport (PICK) de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, 1994.
- Rapport public du Conseil d'État, Considérations générales : *Sur le droit de la santé* (EDCE, n° 49), 1998.
- Rapport public du Conseil d'État, Considérations générales : *L'intérêt général* (EDCE, n° 50), 1999.
- Rapport du Conseil d'État au Premier Ministre sur *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, 1999, La doc. fr., 1999.
- Rapport de la Cour des comptes, 2001.
- Rapport public du Conseil d'État, Considérations générales : *Perspectives pour la fonction publique* (EDCE, n° 54), 2003.
- Rapport de la Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, La doc. fr, 2003.
- Rapport (J.-A. BENISTI) n° 3173 de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de modernisation de la fonction publique, 21 juin 2006.
- Rapport public du Conseil d'État, Considérations générales : *Sécurité juridique et complexité du droit* (EDCE, n° 57), 2006.
- Rapport de la commission des lois (M. H. PORTELLI) n° 113, 13 décembre 2006.
- Rapport (M. FURI) de la commission de la fonction publique du Canada sur *L'impartialité de la fonction publique : un bilan*, 2008.
- Rapport BAUER au Ministre de l'intérieur, *Mieux contrôler les fichiers de police pour protéger les libertés*, 2008, La doc. fr. 2009.
- Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique : *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, 26 janv. 2011.
- Rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique : *Pour un renouveau démocratique*, nov. 2012
- Rapport public du Conseil d'État, *Le droit souple* (Étude annuelle, n° 64), 2013.
- Rapport d'information (F. CORNUT-GENTILLE) de l'AN n° 2232 relatif à l'École polytechnique, sept. 2014.

Rapport d'information (MM. J.-P. SUEUR et H. PORTELLI) n° 733, du Sénat, 16 juillet 2014.

Rapport (J.-L. NADAL) sur l'exemplarité des responsables publics : *Renouer la confiance publique*, janv. 2015.

TABLES DES MATIÈRES

<i>LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</i>	4
<i>SOMMAIRE</i>	7
INTRODUCTION	9
<i>PREMIÈRE PARTIE - LES SPÉCIFICITÉS DES INCOMPATIBILITÉS</i>	12
TITRE I - LES FONDEMENTS DES INCOMPATIBILITÉS	13
CHAPITRE I - LA CONTRAINTE STATUTAIRE	15
SECTION 1 - L'EXISTENCE D'UN STATUT	17
§1.- Les incertitudes initiales	18
A. La thèse contractuelle.....	20
B. <i>Une reconnaissance retardée ?</i>	27
§2.- Le passage au statut légal	30
A. Le statut "non républicain " de 1941.....	31
B. Le caractère législatif et réglementaire du droit de la fonction publique depuis 1946.....	33
SECTION 2 - L'EXCLUSIVITÉ DU STATUT	37
§1.- L'acceptation par le fonctionnaire de sujétions propres à l'administration	37
A. Une adhésion inconditionnelle.....	37
B. Le principe d'une adaptation constante aux nécessités du service.....	39
§2.- L'influence du statut sur la situation des non titulaires	41
A. La situation paradoxale du contractuel.....	42
B. L'assimilation du contractuel aux règles statutaires.....	44
Conclusion du chapitre I	50
CHAPITRE II - LA CONTRAINTE MORALE	51
SECTION 1 - LA DÉONTOLOGIE ADMINISTRATIVE, UNE NOTION IDENTIFIÉE	54
§1.- Le dépassement de la critique d'un risque d'un affadissement du droit par l'introduction d'un droit souple	54
A. La critique sur son statut incertain.....	54
B. La critique sur sa viabilité insatisfaisante.....	56
§2.- L'aptitude morale, condition contingente	58
A. Les difficultés à cerner les qualités exigibles de l'impétrant.....	58
1. Les critères d'appréciation statutaire.....	60
2. L'enquête de moralité.....	62

B. La recherche d'une normalisation des comportements et des attitudes de l'agent public en fonction	66
SECTION 2 - SA RÉCEPTION HIÉRARCHIQUE ET JURIDIQUE	67
§1.- La réception hiérarchique de la déontologie dans l'administration	67
A. Le droit disciplinaire c'est de la déontologie.....	68
B. Le risque d'une subjectivation du lien professionnel.....	73
§2.- La réception juridique de la déontologie	76
A. L'apport du standard	76
B. Le recours au standard par le juge dans son contrôle de vérification des déviances reprochées	78
Conclusion chapitre II.....	81
<i>Conclusion du Titre I.....</i>	<i>82</i>
TITRE II - LE DOMAINE DES INCOMPATIBILITÉS	83
CHAPTIRE I - L'INCIDENCE DU STATUT SUR L'EXERCICE DES FONCTIONS.....	84
SECTION I - L'INDÉPENDANCE PAR L'EXCLUSIVITÉ.....	85
§1.- L'exclusivité, une obligation issue d'une évolution historique complexe	85
A. Le dispositif de 1936 et ses justifications	86
B. Un dispositif devenu inefficent	88
§2.- L'exclusivité en l'état actuel du droit	90
A. La continuité.....	91
B. Les évolutions.....	93
SECTION II - LE DÉSINTÉRESSEMENT PAR L'INTERDIT	96
§1.- L'interdiction des activités qui ne se font pas au profit d'une personne publique	97
A. La préservation de l'intérêt du service par l'interdiction de donner des consultations et des expertises.....	97
B. Le maintien de l'unité du service par l'interdiction de plaider.....	99
§2.- L'interdiction des activités qui se font au profit de l'agent	100
A. L'interdiction des intérêts qui font conflit.....	100
B. L'interdiction des intérêts "non désintéressés"	102
Conclusion chapitre I	104
CHAPTIRE II - L'INCIDENCE DES FONCTIONS EN MARGE DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE.....	105
SECTION 1 - LES INCOMPATIBILITÉS DES INTÉRÊTS QUI FONT CONFLITS	106
§1.- Les restrictions à la liberté de partir travailler dans le secteur privé	106
A. Les variétés de pantouflage	107
B. Les activités privées incompatibles.....	112
§2.- Les incompatibilités aux fonctions électives	117
A. Les incompatibilités aux fonctions électives nationales	117

B. Les incompatibilités aux fonctions électives locales.....	122
SECTION II - LES INCOMPATIBILITÉS FONCTIONNELLES	125
§1.- Les critères objectifs des incompatibilités fonctionnelles.....	126
§2.- Les critères subjectifs des incompatibilités fonctionnelles.....	128
Conclusion du chapitre II.....	131
Conclusion du Titre II.....	132
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	133
 DEUXIÈME PARTIE - L'ENCADREMENT DES INCOMPATIBILITÉS.....	 134
 TITRE I - LA NOUVELLE ARTICULATION DU RÉGIME DES INCOMPATIBILITÉS	 135
 CHAPTIRE I - LES CONCILIATIONS DU DROIT DÉROGATOIRE DES CUMULS	 136
 SECTION I - UN CHAMP D'APPLICATION ORGANIQUE DU CUMUL ÉLARGI.....	 138
§1.- Les fonctionnaires	138
A. L'intégration des fonctionnaires à temps partiel au nouveau dispositif	138
B. Le maintien de l'exclusion de certains fonctionnaires	140
§2.- Les agents publics non titulaires de droit public.....	141
 SECTION II - UN CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DU CUMUL DIVERSIFIÉ.....	 145
§1.- Les cumuls autorisés sans autorisation au titre d'une «liberté essentielle».....	145
A. La libre détention des parts sociales, et la libre gestion du patrimoine personnel et familial.....	145
B. La production des œuvres de l'esprit	147
C. L'exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions.....	148
D. La liberté d'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif	149
§2.- Les cumuls d'une activité accessoire soumis à l'autorisation préalable	150
A. Les activités de valorisation d'une compétence.....	150
1. Les expertises ou consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privé.....	150
2. Enseignements ou formations.....	151
3. Activités agricoles au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural (1er type)..	152
B. Les activités "familiales"	153
1. Activités agricoles (2ème type)	153
2. Activité de conjoint collaborateur	153
3. Aide à domicile à un ascendant, à un descendant, ou à un conjoint	154
C. Le cumul d'emplois publics	154
D. Les activités ou missions d'intérêt général.....	155
E. Les activités entrepreneuriales	156
1. Le cumul pour la création, la reprise ou la poursuite d'activité au sein d'une entreprise	156
2. L'auto-entreprenariat	157
F. Les activités de peu d'importance	158
 Conclusion chapitre I	 160

CHAPTRE II - LE RENFORCEMENT DU CONTRÔLE DES ACTIVITÉS	161
SECTION I - UN CONTRÔLE DIFFÉRENCIÉ.....	162
§1.- L'examen de la déclaration préalable par l'autorité dont dépend l'agent	162
§2.- La commission de déontologie	164
A. La mise en place et les évolutions du contrôle <i>a priori</i> par une commission....	164
B. La redéfinition du rôle de la commission de déontologie.....	167
SECTION 2 - UN CONTRÔLE PRÉCISÉ	169
§1.- Le champ de compétence exclusif de l'autorité hiérarchique	169
§2.- Le champ de compétence exclusif de la commission de déontologie	170
A. Le contrôle du pantouflage susceptible d'entrer dans les prévisions de l'article	
432-13 du code pénal	171
B. Le contrôle des cumuls liés à l'entrepreneuriat.....	175
§3.- Le champ de compétence partagé : le critère déontologique	175
Conclusion du chapitre 2	178
<i>Conclusion du Titre I.....</i>	<i>179</i>
TITRE II - LES SANCTIONS CONTRE L'AGENT PUBLIC EN SITUATION D'INCOMPATIBILITÉ	181
.....	
CHAPTRE I - LES SANCTIONS INTERNES À L'ADMINISTRATION	182
SECTION 1 - LA RÉPRESSION DISCIPLINAIRE	183
§.- 1 La sanction disciplinaire des activités de cumuls illicites	183
§2.- L'incompatibilité concomitante d'une faute pénale.....	186
SECTION 2 - LES CONSÉQUENCES NON DISCIPLINAIRES.....	188
§.-1 La répétition des sommes indûment perçues.....	188
§2.- La non attribution ou le retrait de l'honorariat	189
Conclusion du Chapitre I.....	191
CHAPTRE II - LES SANCTIONS EXTERNES À L'ADMINISTRATION	192
SECTION 1 - LA RÉPRESSION PÉNALE.....	192
§1.-Caractéristiques de la prévention	193
A. La notion d'agent public.....	193
B. La nature de l'activité	194
§2.- Les incriminations	195
A. La réalité des fonctions exercées.....	195
B. Les définitions du délit de prise illégale d'intérêt.....	197
1. L'incrimination de prise illégale d'intérêts de l'agent toujours en activité.....	197

2. L'incrimination de prise illégale d'intérêts des anciens agents	198
SECTION II - LES CONSÉQUENCES CIVILES	199
§.-1 La reconversion rendue difficile du fait d'un cumul illégal.....	199
§2.- La non opposabilité aux tiers d'une incompatibilité.....	199
Conclusion du Chapitre 2.....	200
<i>Conclusion du Titre II.....</i>	<i>201</i>
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	202
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	203
BIBLIOGRAPHIE.....	204