

Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

Renaud DENOIX DE SAINT MARC, Vice-président du Conseil d'État.

Daniel LABETOULLE, Olivier FOUQUET, Jean-Louis DEWOST, Bruno GENEVOIS, Marie-Ève AUBIN, Jean-Michel BELORGEY, présidents de Section.

Jean-Michel BELORGEY, directeur de la publication.

Patrick FRYDMAN, secrétaire général du Conseil d'État.

Marcel POCHARD, rapporteur général de la Section du rapport et des études.

Jean COURTIAL, rapporteur général adjoint de la Section du rapport et des études.

Christophe HUON, secrétaire de rédaction de la publication.



Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Études et documents du Conseil d'État »

- Rapport public du Conseil d'État, 1998, Considérations générales : *Sur le droit de la santé* (EDCE, n° 49), 1998.
- Rapport public du Conseil d'État, 1999, Considérations générales : *L'intérêt général* (EDCE, n° 50), 1999.
- Rapport public du Conseil d'État, 2000, Considérations générales : *Les associations et la loi de 1901, cent ans après* (EDCE, n° 51), 2000.
- Rapport public du Conseil d'État, 2001, Considérations générales : *Les autorités administratives indépendantes* (EDCE, n° 52), 2001.
- Rapport public du Conseil d'État, 2002, Considérations générales : *Collectivités publiques et concurrence* (EDCE, n° 53), 2002.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Statut et protection de l'enfant, 1991.
- L'Aide juridique : pour un meilleur accès au droit et à la justice, 1991.
- Sports : pouvoir et discipline, 1991.
- L'urbanisme : pour un droit plus efficace, 1992.
- Régler autrement les conflits :
 - Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, 1993.
- Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, 1995.
- La responsabilité pénale des agents publics, 1996.
- Les groupements d'intérêt public, 1997.
- Rendre plus attractif le droit des fondations, 1997.
- Pour une meilleure transparence de l'administration, 1998.
- Internet et les réseaux numériques, 1998.
- Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine, 1999.
- Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, 1999.
- L'utilité publique aujourd'hui, 1999.
- Les lois de bioéthique : cinq ans après, 1999.
- La norme internationale en droit français, 2000.
- L'influence internationale du droit français, 2001.
- La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, 2001.
- Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.

Collection « Documents d'études » – Jurisprudence du Conseil d'État

- Années 1988 à 2000 (disponibles).
- Année 2001, Documents d'études 6.14.

Collection « Notes et études documentaires »

- Les établissements publics nationaux, ND n° 4784, 1985.
- Droit international et droit français, ND n° 4803, 1986.
- Sciences de la vie – De l'éthique au droit, ND n° 4855, n^{le} éd. 1988.
- Administration et nouvelles technologies de l'information, ND n° 4851, 1988.
- Les établissements publics : transformation et suppression, ND n° 4876, 1989.

Collection « Les études de la Documentation française »

- Le Conseil d'État, par J. Massot et T. Girardot, 1999.

Hors collection

La justice administrative en pratique, n^{le} édition, 2001.



Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'État 7

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle	15
Section du contentieux	17
Bureau d'aide juridictionnelle	51

Activité consultative	53
Assemblée générale	55
Section de l'intérieur	59
Section des finances	71
Section des travaux publics	81
Section sociale	93
Récapitulatif des statistiques pour 2002	105
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	107

Activité de la Section du rapport et des études	111
Les études et leurs suites	113
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2002	119
L'action internationale du Conseil d'État	129
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État	133

Bilan des formations	135
---------------------------------------	-----

Activité de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives	141
--	-----

Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	147
---	-----

Activité des juridictions spécialisées	155
Commission des recours des réfugiés	157
Vue d'ensemble de l'activité des juridictions spécialisées	165

Avis du Conseil d'État en 2002	167
---	-----



II. Réflexions sur la fonction publique

● Considérations générales

Perspectives pour la fonction publique 227

Introduction 231

Première partie

**Analyse des principaux enjeux auxquels se trouve
confrontée la fonction publique** 241

Deuxième partie

Propositions 301

Conclusion 385

● Contributions

**La réforme de la fonction publique aux États-Unis :
un démantèlement programmé ?** 389
Gwénaële Calvès

**Point de vue sur les réformes récentes
en matière de fonction publique en Italie** 399
Roberto Caranta

La fonction publique en Grande-Bretagne 415
Duncan Fairgrieve

Fonction publique et fonction politique 427
Guy Carcassonne

Table des matières 443



Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc,
Vice-président du Conseil d'État

Le rapport public 2003 du Conseil d'État comporte, comme les années précédentes, deux parties distinctes. La première est relative au compte-rendu de son activité juridictionnelle et consultative au cours de l'année 2002. La seconde est une étude consacrée cette année à la fonction publique.

L'appréciation de l'activité juridictionnelle du Conseil d'État en 2002 par rapport à l'année précédente est affectée par l'effet de deux réformes : d'une part, la modification de la procédure de règlement des questions de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative abaisse le nombre des affaires entrées et des affaires jugées ; en revanche, le transfert au Conseil d'État des attributions de la Commission spéciale de cassation des pensions, supprimée, augmente à la fois le stock des dossiers en cours et le nombre des affaires jugées. Si l'on fait abstraction de l'impact de ces deux réformes, l'année 2002 a confirmé la tendance de fond à un accroissement modéré mais régulier des affaires enregistrées dans tous les domaines de compétence du Conseil d'État. Pour ce qui est des affaires jugées, un sensible accroissement de leur nombre peut également être relevé. Finalement, le stock des affaires en instance est en légère diminution ; il représente 104 % du flux, alors qu'il s'élevait à 124 % de ce même flux au 31 décembre 1999. L'objectif d'un stock ramené au niveau, ou en-dessous, de la capacité annuelle de jugement devrait pouvoir être atteint en 2004.

Dans cette activité juridictionnelle du Conseil d'État, 2002 a été la deuxième année d'application de la loi du 30 juin 2000 relative au référé administratif. Les résultats satisfaisants relevés au titre de 2001 sont



confirmés. Le Conseil d'État a été saisi de 364 affaires et il a rendu 364 décisions dans un délai moyen de dix jours. On notera toutefois que le Conseil d'État a été saisi dans le même temps d'un nombre de pourvois en cassation contre les ordonnances des juges des référés des tribunaux administratifs en augmentation plus que proportionnelle à celui de l'accroissement des ordonnances rendues par ces derniers, ce qui conduit à s'interroger sur la pertinence, dans nombre de cas, de l'usage du pourvoi en cassation dans la matière du référé.

L'activité consultative a connu en 2002 un rythme nettement plus soutenu que celui de l'année précédente, pour l'ensemble des sections, lié au fort accroissement, supérieur à 20 %, du nombre des projets de décrets réglementaires soumis à l'avis du Conseil d'État, qui est passé de 587 à 727, ce qui traduit une augmentation importante de l'activité normative du gouvernement, même si le nombre de projets de loi examinés est resté stable. Le nombre de demandes d'avis a lui-même fortement augmenté en 2002, retrouvant son niveau antérieur après une chute en 2001. Ce surcroît d'activité ne transparaît pas dans les chiffres globaux, du fait de la très forte décroissance du nombre de décrets individuels, arrêtés ou décisions examinés en 2002, en particulier à la Section des finances.

Le volume d'activité de la Section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative a été également en très sensible augmentation ; cela est dû, pour l'essentiel, à la forte croissance des demandes d'aide à l'exécution et des procédures d'astreinte. Pendant cette année, cette Section a réalisé, à la demande du Premier ministre, une importante étude portant sur les redevances pour services rendus et redevances pour occupation du domaine public. Le principal apport de cette étude sur le plan conceptuel réside dans le lien qu'elle fait ressortir et dans la recherche de meilleure cohérence qu'elle préconise entre l'analyse économique du concept de coût et de juste prix et les catégories du droit constitutionnel, du droit administratif et du droit budgétaire.

Le choix du thème « perspectives pour la fonction publique », comme objet des considérations générales résulte tout à la fois du rôle historique joué par le Conseil d'État dans la mise en place en France d'une fonction publique moderne et des fonctions mêmes qu'exerce aujourd'hui le Conseil d'État. Historiquement le Conseil d'État est à l'origine des grands principes fondamentaux qui caractérisent le système français de fonction publique : soustraction au droit commun du travail du régime applicable aux agents exerçant leur mission au service de la puissance publique, caractère statutaire de ce régime, fonction publique de carrière, séparation du grade et de l'emploi... Au titre de ses fonctions, le Conseil d'État est amené, comme juge de premier et dernier ressort ou comme juge de cassation, à régler chaque année les litiges qui



surviennent entre les administrations publiques et leurs agents ou les syndicats et associations de ces derniers ; et dans sa fonction consultative, il examine l'ensemble des projets de loi et des projets de décret statutaire relatifs aux personnels civils et militaires de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics. Il a ainsi accumulé une riche expérience des problèmes récurrents que pose l'organisation des relations de travail au sein du secteur public.

Le Conseil d'État est donc bien placé pour procéder à une évaluation de notre système de fonction publique et il lui est apparu que le temps en était venu d'y procéder dans une vision prospective, conformément au rôle qui lui est reconnu par l'article 24 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, aujourd'hui codifié sous l'article L. 112-3 du Code de justice administrative. Il lui appartient, de sa propre initiative, d'appeler « l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général ».

La réflexion est conduite en deux temps. Dans un premier temps, le Conseil d'État examine les principaux enjeux auxquels la fonction publique se trouve confrontée pour les années à venir : celui de l'exigence d'une efficacité accrue, celui d'une meilleure gestion des ressources humaines et celui de la conciliation avec de nombreuses autres branches du droit, en particulier le droit communautaire de la libre circulation des personnes, le nouveau droit budgétaire résultant de la loi organique sur les lois de finances du 1^{er} août 2001, le droit de l'éducation, dans la portée qu'il donne à la validation des acquis de l'expérience et enfin le droit de la décentralisation, compte tenu des perspectives que lui offre la révision constitutionnelle en cours.

Dans un deuxième temps, le Conseil d'État aborde les cinq grandes questions qui lui paraissent déterminantes quant aux choix qui s'offrent pour une évolution en profondeur de notre système de fonction publique. Quelle particularité pour la fonction publique ? Faut-il donner une place au contrat dans le droit de la fonction publique ? Quelle structure de gestion pour la fonction publique de l'État ? Quelle architecture et quel pilotage pour l'ensemble de la fonction publique ? Quelle organisation du dialogue social dans la fonction publique ?

Le Conseil d'État s'efforce, sur chacune de ces questions, de dégager les tenants et aboutissants des choix à faire, tout en laissant ceux-ci totalement ouverts, car il ne lui appartient pas de trancher. La place et le rôle donnés à la fonction publique et le profil que l'on souhaite pour celle-ci constituent des options de nature politique qui relèvent des seuls pouvoirs publics. Le Conseil d'État insiste toutefois sur la forte attente aussi bien du côté des gestionnaires que des personnels ou des usagers du service public pour que les évolutions nécessaires soient engagées.



Conformément à une coutume remontant à la création en 1947, à l'initiative du Président René Cassin, de la revue Études et Documents du Conseil d'État, une place est faite dans ce rapport public 2003 à des contributions individuelles d'auteurs français ou étrangers, en liaison avec le thème retenu pour les considérations générales. C'est ainsi que le professeur Gwénaële Calvès, le professeur Roberto Caranta et le professeur Duncan Fairgrieve traitent des réformes de la fonction publique réalisées au cours des dernières années respectivement aux États-Unis, en Italie et en Grande-Bretagne. En outre, le professeur Guy Carcassonne se livre à une réflexion sur le mouvement de différenciation et de rapprochement entre fonction publique et fonction politique.

Que les auteurs de ces articles ainsi que M. Marcel Pochard, rapporteur général, soient remerciés de cette contribution à la réflexion du Conseil d'État sur un sujet de première importance pour l'évolution de nos institutions et de la société française.



Index des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
B. ou Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
D	Recueil Dalloz
DS	Droit social
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
GP	Gazette du Palais
JCP	La Semaine juridique
JO	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFDA	Revue française de droit administratif

L'indication d'une page après une décision du Conseil d'État (CE), d'un tribunal administratif (TA) ou d'une cour administrative d'appel (CAA) renvoie au Recueil Lebon. Après une décision du Conseil constitutionnel (CC), elle renvoie au recueil de ses décisions. Il est en de même pour les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).



RAPPORT D'ACTIVITÉ

Activité juridictionnelle



Section du contentieux

Activité de la Section

I. – La comparaison des chiffres de 2002 avec ceux des années précédentes est rendue malaisée par l'incidence de deux réformes.

a/ – D'une part, la modification par un décret du 19 avril 2002, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, de la procédure de règlement des questions de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative ; jusque-là, la transmission à la juridiction compétente d'une requête portée à tort devant une autre juridiction supposait toujours l'intervention d'une ordonnance du président de la Section du contentieux, et, en 2001 cette activité représentait environ 2 500 affaires, tant en « entrées » qu'en « sorties » ; désormais les transmissions entre juridictions autres que le Conseil d'État ne font qu'exceptionnellement intervenir le président de la Section, et après sept mois d'application de la réforme, cette rubrique ne représente plus, pour l'ensemble de l'année 2002 qu'un millier d'affaires (soit une diminution, à ce titre, des « entrées » comme des « sorties » d'environ 1 500).

b/ – D'autre part, la suppression, par la loi du 17 janvier 2002 de la commission spéciale de cassation des pensions (compétente en matière de pensions militaires d'invalidité) et le transfert de ses attributions au Conseil d'État ont entraîné pour la Section du contentieux un accroissement des « entrées » de 901 affaires : 712 qui étaient en « stock » à la date d'effet (1^{er} avril 2002) de la suppression de la commission et 189 affaires nouvelles enregistrées postérieurement au 1^{er} avril 2002.

Dans le tableau qui suit les chiffres donnés pour 2002 sont ceux tels qu'ils résultent de ces deux réformes. Mais leur interprétation doit tenir compte de ce qu'ils correspondent à un « périmètre » différent de celui des années antérieures.

	1998	1999	2000	2001	2002
Données brutes					
– Affaires enregistrées	10 232	12 747	12 800	12 793	11 471 ^{(1) (2)}
– Décisions rendues	10 481	13 551	13 837	13 155	11 739 ⁽²⁾
Données nettes					
– Affaires enregistrées	8 427	12 330	12 274	12 642	11 281 ^{(1) (2)}
– Décisions rendues	9 337	10 988	12 236	12 553	11 402 ⁽²⁾
Données nettes après déduction des ordonnances du président de la Section du contentieux					
– Affaires enregistrées	5 520	8 817	8 703	9 425	9 467 ⁽¹⁾
– Décisions rendues	6 576	7 581	8 504	9 240	9 627

⁽¹⁾ Dont 901 affaires relatives aux pensions militaires d'invalidité.

⁽²⁾ La réforme de la procédure de règlement des questions de compétence minore ce chiffre d'environ 1 500 affaires par rapport à 2001.

En ce qui concerne les affaires enregistrées, l'apparente diminution que suggèrent les chiffres « bruts » ou (après déduction des « séries ») « nets » est en vérité inférieure à l'incidence de la réforme (cf. « a » ci-dessus) de la procédure de règlement des questions de compétence à l'intérieur de la juridiction administrative : procédure qui n'est pas vraiment significative de l'activité juridictionnelle du Conseil d'État. Une image plus exacte de celle-ci est offerte par la troisième rubrique du tableau ci-dessus, établie en déduisant des données nettes les affaires réglées par ordonnances du président de la Section du contentieux au titre, d'une part, précisément, de la procédure de règlement des questions de compétence, et, d'autre part, des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle ; on constate alors une quasi identité des chiffres de 2001 (9 425) et de 2002 (9 467). Il est vrai qu'ainsi qu'on l'a vu (cf. « b ») la réforme du contentieux des pensions militaires et d'invalidité a accru le chiffre des affaires enregistrées en 2002 : mais ce surcroît est sensiblement équivalent à ce qu'avait représenté en 2001 le contentieux des élections municipales et cantonales de mars 2001 (cf. le II ci-après).

En vérité il est probable qu'à côté des éléments de discontinuité tenant aux variations du contentieux des étrangers (cf. le III ci-après) les chiffres de 2002 expriment une tendance de fond à un accroissement modéré mais régulier des affaires enregistrées au titre de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État et de sa fonction régulatrice de juge de cassation des arrêts des cours administratives d'appel et des ordonnances des juges des référés des tribunaux administratifs.

Pour ce qui est des affaires jugées, les chiffres correspondant aux données « brutes » ou « nettes » doivent, comme pour les affaires enregistrées, être interprétés compte tenu de la réforme de la procédure de règlement des questions de compétence qui les minore d'environ 1 500 : au-delà de l'apparente diminution c'est plutôt une tendance à l'accroissement qu'ils suggèrent alors. Ce qu'exprime, après déduction des ordonnances du président de la Section, la troisième rubrique, la plus significative de l'activité juridictionnelle du Conseil d'État : on passe en effet de 9 240 affaires jugées en 2001 à 9 627 en 2002.

Ce rapprochement du nombre des affaires enregistrées et jugées fait ainsi apparaître dans chacune des trois rubriques un léger surcroît des affaires jugées : 11 739 contre 11 471 en données brutes, 11 402 contre 11 281 en données nettes, 9 627 contre 9 467 après déduction des ordonnances du président de la Section. Pour cette dernière rubrique l'excédent serait plus marqué si le flux des affaires enregistrées en 2002 n'incorporait pas – une fois pour toutes – le « stock » des affaires transférées de la commission spéciale de cassation des pensions : de telle sorte que, sauf imprévu, on peut raisonnablement espérer le renouvellement en 2003 d'un solde positif et donc d'une nouvelle diminution du « stock ».

Les résultats de 2002 trouvent en effet leur prolongement normal dans l'évolution du nombre des affaires en instance. Le « stock » global, en données brutes passe de 10 549 au 31 décembre 2001 à 10 342 au 31 décembre 2002. Le chiffre, plus significatif, obtenu après déduction des « séries » et des affaires appelées à être réglées par ordonnances du président de la Section, passe de 10 124 à 10 026 : évolution fort modeste, mais qui, là encore, doit être appréciée compte tenu du caractère non renouvelable du transfert en 2002 du



« stock » de la commission spéciale de cassation des pensions. Ce chiffre de 10 026 peut être rapproché de celui (9 627) correspondant, pour le même « périmètre », au nombre des affaires jugées : le « stock » représente 104 % du « flux », à rapprocher de 124 % au 31 décembre 1999, 117 % au 31 décembre 2000 et 110 % au 31 décembre 2001. L'objectif d'un stock ramené au niveau (ou en dessous) de la capacité annuelle de jugement aurait été atteint en 2002 sans la réforme du contentieux des pensions. On peut espérer qu'il le sera en 2003.

II. – Le contentieux des élections municipales et électorales de mars 2001 s'était traduit, cette année-là, par l'introduction devant le Conseil d'État, juge d'appel de ces élections, de 698 affaires, réparties dans le temps en deux périodes selon que, en fonction du nombre d'habitants de la circonscription, les candidats étaient ou non tenus de déposer un compte de campagne : dans l'affirmative, l'office du juge de l'élection ne commence qu'à l'expiration du délai de quatre mois correspondant à l'intervention de la commission des comptes de campagne.

En 2001, le Conseil d'État avait statué sur 147 affaires, qui correspondaient à des circonscriptions de moins de 9 000 habitants. Le jugement des autres affaires, interrompu, conformément à une tradition constante du Conseil d'État, pendant le déroulement des campagnes précédant l'élection présidentielle puis les élections législatives, a été achevé pour l'essentiel à la fin du mois de juillet 2002.

III. – Depuis quelques années on a pris l'habitude de consacrer un développement particulier à la charge que représente pour l'activité juridictionnelle du Conseil d'État le contentieux des étrangers, et plus précisément la part de ce contentieux correspondant aux trois masses que constituent les requêtes dirigées contre les refus de visas, les appels contre les jugements des tribunaux administratifs statuant en matière de reconduite à la frontière et les pourvois en cassation contre les décisions de la commission des recours des réfugiés.

Ainsi que le montre le tableau ci-dessous, le nombre d'affaires enregistrées à ce titre, qui était de 1 292 en 1997 a été de 3 359 en 2002, ce dernier chiffre marquant une diminution par rapport à 2001 mais représentant encore 35,5 % des entrées nettes après déduction des affaires relevant des ordonnances du président de la Section.

Type de contentieux	Entrées						Sorties					
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Reconduite à la frontière	631	881	2 094	2 120	2 173	2 196	1 176	557	1 261	2 043	2 242	2 037
Réfugiés	576	574	1 104	1 392	1 078	776	513	625	813	1 082	1 358	792
Visas	85	355	1 860	1 383	575	387	62	100	647	1 124	1 133	1 098
Total	1 292	1 810	5 058	4 895	3 826	3 359	1 751	1 282	2 721	4 249	4 733	3 927

Cette évolution, globalement en baisse, des « entrées » est due à une diminution du taux des recours en cassation formés contre les décisions (dont le nombre a pourtant augmenté) de la commission des recours des réfugiés et, en ce qui concerne les recours contre les refus de visas, au prolongement des effets bénéfiques du décret du 10 novembre 2000 qui a prévu que les recours contentieux contre les refus de visas devraient désormais être précédés d'un



recours administratif préalable devant une commission spécialement créée à cet effet auprès du ministre des Affaires étrangères.

Cette nette amélioration de la situation du contentieux des visas appelle deux remarques. L'une pour souligner l'intérêt que représente, à bien des égards, la mise en place de tels mécanismes de recours préalable obligatoire devant un organisme « ad hoc »¹ L'autre pour appeler l'attention des pouvoirs publics sur la nécessité d'assurer la continuité des moyens de la « commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France », dont la qualité de travail doit être saluée, mais qui est confrontée à une diminution des effectifs mis à sa disposition.

L'évolution du contentieux de la reconduite à la frontière est moins satisfaisante. Alors qu'on pouvait escompter un « tassement » de ce contentieux après la fin de la période consécutive à la « régularisation des sans papiers » de 1997-8, le nombre des recours enregistrés devant le Conseil d'État (qui était de 631 en 1997 et de 881 en 1998) dépasse pour la quatrième année consécutive le seuil des 2 000 affaires et se situe même en 2002 au plus haut niveau jamais atteint.

Il est vrai qu'ainsi que l'a prévu la loi d'orientation pour la justice, la création, à l'automne 2004, d'une huitième cour administrative d'appel sera assortie du transfert aux cours administratives d'appel de la compétence pour connaître des recours formés contre les jugements des tribunaux administratifs statuant en matière de reconduite à la frontière : transfert qui, selon le dernier alinéa de l'article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 devait intervenir « au plus tard le 1^{er} septembre 1999 » mais qui, à l'initiative du Conseil d'État, avait été reporté « sine die » par la loi du 11 mai 1998 modifiant sur ce point l'article 22 bis.

Ce transfert aura le mérite de décharger le Conseil d'État d'une fonction de juge d'appel contraire à la logique de l'organisation juridictionnelle issue de la loi du 31 décembre 1987, mais sur le terrain du contentieux des étrangers il ne fera évidemment que déplacer le problème vers les cours administratives d'appel ; sa perspective ne doit donc pas dispenser les pouvoirs publics de s'interroger sur un dispositif comportant pour les juridictions administratives une charge qui contraste avec le sentiment de relative inefficacité que suggère le rapprochement entre le nombre des arrêtés de reconduite dont le juge admet la légalité et celui des mises à exécution effectives.

IV. -2002 a été la seconde année d'application de la loi du 30 juin 2000 relative au référé administratif (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001).

Le juge des référés du Conseil d'État a été saisi de 364 affaires, soit un chiffre très proche de celui de 2001 (355). Il a rendu aussi 364 décisions, dans un délai moyen de 10 jours (y compris la phase de l'introduction écrite contradictoire avec les parties).

1 - L'article 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 a posé le principe d'un tel recours pour le contentieux de la fonction publique civile et militaire. Mais si ce principe a été mis en œuvre, d'une façon très satisfaisante, pour la fonction publique militaire, il ne l'a toujours pas été, faute de décret d'application, pour la fonction publique civile.

Dans le même temps, le Conseil d'État a été saisi de 944 pourvois en cassation contre des ordonnances émanant des juges des référés des tribunaux administratifs et s'est prononcé sur 828. Le nombre des pourvois est en nette augmentation par rapport à celui de 2001 (660) : la sensible hausse du taux des recours que révèle cette augmentation ² constitue une dérive qui dénote une perception erronée de la fonction, en matière de référé, du pourvoi en cassation.

Quelques remarques peuvent accompagner ces indications chiffrées.

La loi du 30 juin 2000 a été mise en œuvre à moyens constants alors qu'elle fait peser des contraintes nouvelles sur des juridictions déjà lourdement chargées ; c'est grâce aux efforts consentis par les magistrats et les greffes que son application n'a pas connu de difficulté majeure. Les administrations, de l'État comme des collectivités territoriales, ont, elles aussi, su s'adapter à cette procédure nouvelle. Au cours de l'année 2001 la jurisprudence avait traité la plus grande partie des questions que posait l'interprétation de la loi ; poursuivie en 2002, cette œuvre jurisprudentielle n'appelle plus que quelques menus ajustements.

Il serait prématuré d'en déduire que la réforme a trouvé son équilibre.

Le juge des référés n'hésite pas, et ne doit pas hésiter, à faire usage sans témérité de ses pouvoirs. Encore faut-il qu'il soit saisi à bon escient, c'est-à-dire lorsqu'il y a matière à mesures provisoires et conservatoires.

Or bien des requérants saisissent le juge des référés dans des hypothèses ou à des fins qui ne correspondent pas vraiment à cette procédure. Il n'est pas rare que des requérants se placent à tort sur le terrain du « référé-liberté » (auquel cet intitulé et la brièveté – quarante-huit heures – du délai imparti au juge confèrent un attrait certain, mais dont la mise en œuvre est subordonnée à la condition qu'une « atteinte grave et manifestement illégale » ait été portée à une liberté fondamentale : condition qui – fort heureusement ! – n'est pas très fréquemment remplie) et courent à l'échec alors qu'une demande présentée au titre du « référé-suspension » (à l'occasion duquel aussi le juge des référés peut exercer des pouvoirs d'injonction) aurait eu des chances d'aboutir.

Mais c'est surtout à propos de la notion d'urgence que des malentendus apparaissent.

Il est compréhensible que le requérant souhaite que sa cause soit jugée rapidement. Il est légitime que, dans l'exercice de ses pouvoirs de direction de la procédure, le juge administratif apprécie et hiérarchise l'intérêt qui s'attache à ce que les différentes requêtes au fond dont il est saisi soient jugées plus ou moins vite ; il lui revient de fixer en conséquence le calendrier de l'instruction en impartissant aux parties, pour la production de leurs mémoires, des délais appropriés ; il lui incombe, dans certains cas, de faire en sorte de statuer au principal en quelques semaines, voire en quelques jours. C'est dire que la notion d'urgence ne se limite pas aux mesures provisoires et conservatoires qui sont l'objet du référé.

2 - En effet le nombre d'ordonnances de référé pouvant donner lieu à pourvoi ne s'est accru que dans des proportions très inférieures.



Mais, précisément, il faut éviter toute confusion. Si l'urgence est la condition première de l'intervention du juge des référés, c'est celle qui s'attache spécifiquement au prononcé de mesures provisoires et conservatoires : et, bien souvent, son appréciation ne coïncide pas avec celle du délai dans lequel il est souhaitable de juger l'affaire au fond.

Ce n'est pas dire que le juge ne puisse pas introduire un lien entre traitement de la demande en référé et instruction de la demande au fond. Parfois, c'est parce qu'il entend que l'affaire soit rapidement jugée au fond qu'il n'y a pas d'urgence à prendre une mesure conservatoire. À l'inverse, le prononcé d'une mesure provisoire peut prendre appui sur la prévision que ce provisoire sera rapidement relayé par une décision au fond.

Mais ce n'est pas du seul fait qu'il est raisonnable que telle affaire soit rapidement jugée au fond qu'il y a urgence à prendre une mesure conservatoire. L'introduction d'une demande en référé n'a pas par elle-même pour effet d'accélérer le jugement au fond : elle ne doit pas non plus avoir cet objet.

V. – Au regard de l'objectif que constitue la diminution de la durée des instances les résultats de l'année 2002 sont assez contrastés.

La diminution, mentionnée ci-dessus, de l'importance relative du « stock » par rapport au nombre d'affaires jugées en 12 mois se traduit dans la durée théorique moyenne de l'instance. Calculée à partir des chiffres obtenus après déduction des séries et des affaires appelées à être réglées par ordonnance du président de la Section, cette durée moyenne qui était d'un peu moins de quinze mois en 1999, d'un peu plus de quatorze en 2000, et de treize mois et une semaine en 2001, s'établit pour 2002 à 12 mois et quinze jours ; elle serait passée en dessous du seuil de 12 mois si le stock ne s'était pas trouvé accru par le transfert des affaires qui étaient en instance devant la commission spéciale de cassation des pensions.

Mais toute donnée exprimée en une moyenne doit être interprétée avec précaution. De fait, la répartition du « stock » selon l'ancienneté des affaires montre les limites de l'amélioration de la situation. La proportion du « stock » correspondant à des affaires enregistrées depuis au moins trois ans qui, de 19 % au 31 décembre 1998 avait baissé à 7,5 % au 31 décembre 1999, 5 % au 31 décembre 2000 puis 4 % au 31 décembre 2001 a légèrement augmenté depuis lors pour s'établir à 4,5 % au 31 décembre 2002. La proportion des affaires enregistrées depuis plus de deux ans mais moins de trois ans, qui avait augmenté entre le 31 décembre 2000 et le 31 décembre 2001, en passant de 6 % à 8 % n'a pas connu d'amélioration en 2002 et demeure donc à 8 %. La part des affaires enregistrées depuis moins d'un an baisse légèrement de 64 % à 63 %, tandis que celle des affaires enregistrées depuis plus d'un an mais moins de deux ans s'élève de 24 % à 24,5 %.

Ces chiffres – les moins satisfaisants dans le bilan de l'année 2002 – montrent la nécessité d'une action résolue au cours de 2003 pour la résorption des affaires les plus anciennes.

On se fixera donc comme objectif qu'au 31 décembre 2003 la part des affaires enregistrées à cette date depuis plus de trois ans soit ramenée aux environs de 1 %, (ce qui correspond à la proportion, hélas à peu près incompressible, des affaires marquées par des aléas particuliers de procédure) et que la part des



affaires enregistrées à cette date depuis plus de deux ans mais moins de trois ans soit abaissée de 8 % à environ 4 % à 5 %, ce qui constitue sans doute une étape indispensable avant de rechercher en 2004 un nouvel abaissement aux alentours de 2 %.

Ces objectifs sont ambitieux mais ils ne sont pas hors de portée d'une action résolue, d'autant que les délais de réponse de certaines administrations, qui pouvaient être à l'origine de retards, se sont sensiblement améliorés : l'administration des impôts, notamment a consenti un effort particulier, dont les résultats sont tangibles et qu'on a d'autant plus de plaisir à saluer qu'on avait naguère, ici même, tancé le comportement antérieur.

En tout cas le Conseil d'État doit d'autant plus s'assigner comme objectif, pour 2003 et 2004, de résorber un arriéré d'affaires anciennes et, plus généralement, de réduire les délais de jugement, notamment en ce qui concerne les pourvois en cassation, que la mise en œuvre des « contrats d'objectifs » passés avec les cours administratives d'appel pour la répartition des moyens supplémentaires prévus par la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 devrait avoir pour conséquence le doublement, d'ici à 2007, du nombre d'arrêts rendus en appel : ce qui, mécaniquement, entraînera, à partir de 2004-2005 un accroissement des pourvois en cassation.

VI. – Cette référence à l'incidence de la situation des cours administratives d'appel sur celle du Conseil d'État incite à souligner, pour terminer, que tribunaux administratifs, cours administratives d'appel et Conseil d'État constituent les trois éléments d'un même appareil juridictionnel et que le bon fonctionnement de chacun est lié à une action concertée fondée sur une vision globale de l'ensemble.

Les avantages qui peuvent résulter de pratiques fondées sur une telle vision sont particulièrement perceptibles lorsqu'il s'agit de traiter des requêtes ayant un objet analogue ou dont la solution dépend de la réponse donnée à la même question de droit, et présentées à peu près dans le même temps devant plusieurs juridictions.

Lorsque ces requêtes ont rigoureusement le même objet et se comptent par centaines (voire par milliers) il est convenu de parler de « séries » ; et c'est cette notion qui, dans les données chiffrées présentées plus haut, débouche sur la distinction entre les chiffres « bruts » et « nets ». Il est arrivé dans le passé que tous les dossiers d'une même « série » soient successivement portés devant le juge de premier ressort, le juge d'appel et le juge de cassation. Ce qui, notamment pour les greffes, entraîne inutilement une surcharge de travail. Aussi une pratique a-t-elle été mise en place consistant à juger rapidement en premier ressort, puis, le cas échéant en appel et en cassation un très petit nombre de ces affaires, choisies comme « têtes de séries », et attendre avant de juger la « masse » des autres affaires que la solution relative aux têtes de séries soit devenue définitive, en espérant que, une fois la question de principe tranchée, soit les affaires dont l'examen avait été différé s'éteindront d'elles-mêmes (en donnant lieu à des désistements ou des décisions de non-lieu) soit, en tout cas, les jugements rendus à leur sujet en premier ressort ne donneront lieu ni à appel ni à pourvoi en cassation. La mise en œuvre de ce dispositif n'est pas toujours aisée, mais l'action ainsi entreprise depuis trois



ans s'est traduite – notamment pour le juge d'appel et le juge de cassation – par une sensible amélioration.

Dans le même esprit les tribunaux et les cours tiennent de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative la possibilité, en présence d'une « [...] question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges » de saisir le Conseil d'État qui rend un avis sur cette question dans un délai de trois mois. Cette procédure a été utilisée à onze reprises en 2002, soit un ordre de grandeur comparable à la pratique suivie depuis l'entrée en vigueur de cette disposition, issue de la loi du 31 décembre 1987. Mais ce qui doit être souligné pour 2002 est l'extrême intérêt de plusieurs de ces demandes qui ont notamment donné lieu à quatre interventions des formations contentieuses les plus solennelles qui ont ainsi précisé l'application aux parents séparés ou divorcés des règles fiscales du quotient familial, la question des intérêts de retard applicables aux créances réciproques de l'administration fiscale et des contribuables, la possibilité pour le juge administratif d'être saisi d'une demande d'homologation d'une transaction, ou enfin l'interprétation et la portée des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 relatives à la responsabilité encourue par les hôpitaux et les médecins dans les cas où un enfant naît avec un handicap d'origine génétique qu'un examen pratiqué au cours de la grossesse n'avait pas décelé.

La procédure de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative permet de dire rapidement le droit et d'accélérer le jugement des litiges : à ce double titre elle offre le visage d'une justice moderne.

Tableau 1
Affaires enregistrées et décisions rendues par le Conseil d'État ^(a)

	1998	1999	2000	2001	2002
Affaires enregistrées	8 427 (10 232)	12 330 (12 747)	12 274 (12 800)	12 642 (12 793)	11 281 (11 471)
Décisions rendues ^(b)	9 450 (10 540)	10 988 (13 551)	12 236 (13 837)	12 553 (13 155)	11 402 (11 739)

(a) Les chiffres entre parenthèses incluent les séries.

(b) Y compris les décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier : celles-ci atteignent 79 en 2002 (soit 11 660 décisions qui règlent définitivement un dossier).

Tableau 2
Affaires enregistrées, réglées et en instance à la fin de la période considérée
Conseil d'État, cours administratives d'appel et tribunaux administratifs ^(a)

	Conseil d'État		Cours administratives d'appel		Tribunaux administratifs	
	2001	2002	2001	2002	2001	2002
Affaires enregistrées	12 642 (12 793)	11 281 (11 471)	15 375 (17 468)	15 267 (16 557)	123 354 (134 560)	112 703 (118 106)
Affaires réglées	12 480 (13 082)	11 323 (11 660)	12 928 (15 105)	14 281 (15 244)	120 773 (132 799)	118 915 (130 801)
Affaires restant en instance ^(b)	10 227 (10 549)	10 190 (10 342)	40 073 (42 743)	40 968 (43 856)	203 303 (223 162)	196 068 (210 068)

(a) Les chiffres donnés entre parenthèses incluent les séries.

(b) Le stock, qui est donné à titre indicatif, ne résulte pas d'un inventaire direct.



Tableau 3

Affaires enregistrées et décisions rendues par matière (Conseil d'État) ^(a)

Matière	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2001	2002	2001	2002
Agriculture	130	226	214	177
Aide sociale	82	166	48	128
Armées	33	27	35	42
Collectivités territoriales	172	120	106	170
Comptabilité publique	14	19	16	13
Contentieux fiscal	599	520	619	723
Culture	14	14	5	13
Décorations	3	4	2	3
Domaine – voirie	67	65	56	73
Droits des personnes et libertés publiques	150	172	128	129
Économie	86	109	51	34
Éducation – recherche	153	178	621	286
Élections	751	115	215	671
Environnement	152	104	95	88
Établissements publics	15	14	15	17
Étrangers	4 161	3 710	4 979	4 256
Expropriation	66	66	66	92
Fonctionnaires et agents publics	955	1 077	785	991
Juridictions	45	96	45	72
Logement	84	33	51	64
Marchés et contrats	114	170	103	106
Pensions	212	1168	118	310
Police	105	134	135	134
Postes et télécommunications	56	40	72	31
Professions	455	333	481	505
Radiodiffusion et télévision	37	53	33	36
Rapatriés	5	12	7	4
Santé publique	129	128	146	122
Sécurité sociale et mutuelles	97	80	77	97
Sports	39	26	35	19
Transports	32	67	42	42
Travail	176	158	150	185
Travaux publics	67	49	43	28
Urbanisme et aménagement	315	376	235	331
Divers	5	27	1	9

(a) À l'exclusion de celles des ordonnances du président de la Section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du Code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.



Tableau 4
Affaires enregistrées (sauf séries)
d'après le mode de saisine du Conseil d'État

Mode de saisine du Conseil	2001		2002	
	Nbre	%	Nbre	%
Premier ressort	2 738	21,7	2 434	21,6
Appels des jugements des tribunaux administratifs	3 083	24,4	2 454	21,8
Cassation des arrêts des cours administratives d'appel	1 865	14,7	1 909	16,9
Autres cassations	2 024	16	2 849	25,2
Renvoi des tribunaux et des cours (compétence et connexité)	2 471	19,5	1 020	9
Demandes d'avis (art. L. 113-1 du Code de justice administrative)	8	0,1	11	0,1
Divers	453	3,6	604	5,4
Total	12 642	100	11 281	100

Tableau 5
Affaires réglées (sauf séries)
par les différentes formations du Conseil d'État

	2001	2002
Assemblée du contentieux	36	13
Section du contentieux	41	26
Sous-sections réunies	1 741	1 949
Sous-sections jugeant seules	4 372	3 580
Décisions du président de la Section du contentieux (contentieux de la reconduite à la frontière)	1 237	1 329
Ordonnances du juge des référés	349	364
Ordonnances du président de la Section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du Code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle	3 313	1 756
Ordonnances des présidents de sous-section	1 391	2 306
Total	12 480	11 323

Tableau 6
Durée des instances devant le Conseil d'État pour les décisions rendues

	2001		2002	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins de 1 an	48 %	32 %	40 %	30 %
Entre 1 et 2 ans	34 %	44 %	38 %	44 %
Entre 2 et 3 ans	13 %	18 %	16 %	18 %
Plus de 3 ans	5 %	6 %	6 %	8 %

(a) Ensemble des décisions rendues (sauf séries).

(b) Déduction faite de celles des ordonnances du président de la Section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du Code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.



Tableau 7

Affaires en instance devant le Conseil d'État : ancienneté du stock

Affaires enregistrées	au 31/12/2001 sur 10 549 affaires	au 31/12/2002 sur 9 466 affaires ⁽¹⁾
Moins de 1 an	64 %	63 %
Entre 1 et 2 ans	24 %	24,5 %
Entre 2 et 3 ans	8 %	8 %
Entre 3 et 4 ans	2 %	2,5 %
Entre 4 et 5 ans	1 %	0,5 %
Au-delà de 5 ans	1 %	1,5 %

(1) Ce chiffre exclut le stock des affaires relatives aux pensions militaires d'invalidité.

Tableau 8

Activité du juge des référés

Mode de saisine	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2001	2002	2001	2002
Premier ressort	267	286	261	286
– Référé suspension (art. L. 521-1 du CJA)	228	195	224	197
– Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	25	69	25	66
– autres référés ⁽¹⁾	14	22	12	23
Appel	88	78	88	78
– Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	82	78	82	78
– Dférés prévus par le Code général des collectivités territoriales (art. L. 554-3 et L. 554-9 du CJA)	6	0	6	0
Total	355	364	349	364

(1) Référés relevant des articles L. 521-3, R. 531-1, R. 532-1, R. 541-1, L. 553-1 et L. 554-4 du Code de justice administrative.

Tableau 9

Pourvois en cassation dirigés contre les décisions rendues en matière de référé

Décisions contestées	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2001	2002	2001	2002
Ordonnances de référé prises au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du CJA	208	295	143	273
Ordonnances de référé suspension (art. L. 521-1 du CJA) ⁽¹⁾	399	551	267	492
Ordonnances de référé en matière de contrats et marchés	23	29	18	22
Décisions rendues en matière de référé fiscal	4	7	0	5
Autres ordonnances de référé ⁽¹⁾⁽²⁾	26	62	15	36
Total	660	944	443	828

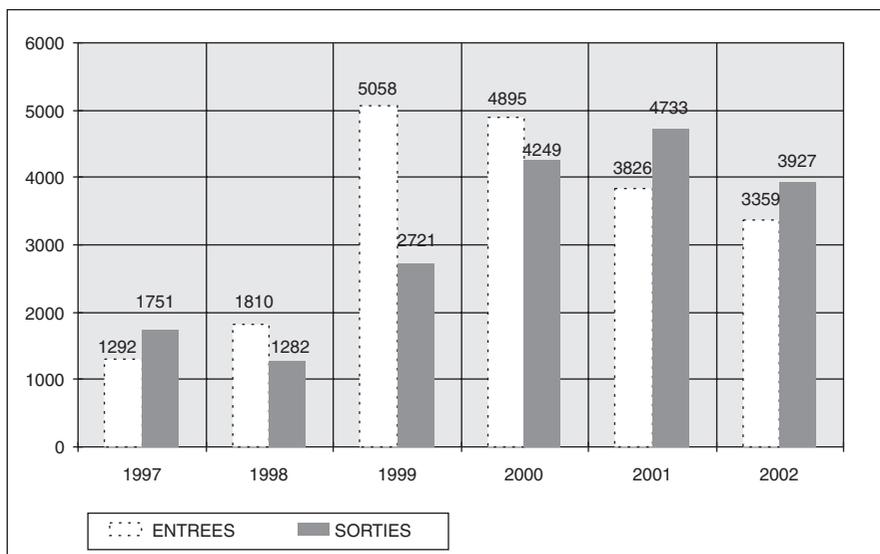
(1) À l'exclusion des ordonnances rejetant, au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du Code de justice administrative, les demandes de référé.

(2) Y compris les ordonnances prises au titre de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative.



Contentieux des étrangers de 1997 à 2002

Entrées et sorties



Jurisprudence

Actes

La définition des actes créateurs de droits a été précisée par deux décisions intervenues en 2002.

Par une décision du 6 novembre 2002 (*M^{me} Soulier*), la Section du contentieux, abandonnant sa jurisprudence du 15 octobre 1976 (*Buissière*), qui considérait que les décisions purement pécuniaires n'étaient pas créatrices de droits, a jugé qu'entrent dans la catégorie des décisions créatrices de droits celles accordant un avantage financier. Elles ne peuvent par suite être retirées après l'expiration d'un délai de quatre mois, même si l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage. Ne sont en revanche pas créatrices de droits les mesures qui se bornent à procéder à la liquidation de la créance née d'une décision prise antérieurement. Toutefois, l'avantage ainsi attribué peut être supprimé pour l'avenir si l'intéressé ne remplit plus les conditions pour en bénéficier.

Par une décision du 29 novembre 2002 (*Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*), la Section du contentieux a précisé le régime juridique applicable aux actes administratifs entachés de fraude, en le distinguant nettement de celui des actes réputés inexistantes. Confirmant une jurisprudence bien établie, selon laquelle un acte administratif obtenu par fraude ne crée pas de droits et

peut, par suite, être retiré ou abrogé par l'autorité compétente pour le prendre, alors même que le délai de retrait de droit commun serait expiré, le Conseil d'État a jugé que l'acte ainsi obtenu doit être appliqué aussi longtemps qu'il n'a pas disparu.

Par une décision d'Assemblée du 28 juin 2002 (*M. Villemain*), complétée par une décision de Section du 18 décembre 2002 (*M^{me} Duvignères*), le Conseil d'État a modifié les règles relatives au contrôle des circulaires par le juge de l'excès de pouvoir, qu'avait dégagées une décision du 29 janvier 1954 (*Institution Notre-Dame du Kreisker*). Désormais, c'est le caractère impératif des circulaires qui détermine la recevabilité de la requête tendant à leur annulation : l'interprétation que l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief. En revanche, les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction font grief, tout comme le refus de les abroger. Le juge de l'excès de pouvoir examine alors la légalité de ces dispositions, en se prononçant sur le bien-fondé des moyens par lesquels il est soutenu qu'elles méconnaissent le sens et la portée des prescriptions législatives ou réglementaires qu'elles se proposent d'explicitier ou contreviennent aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes.

La décision *Villemain* a également permis au Conseil d'État de juger que si le principe d'égalité n'impose pas que les conjoints, d'une part, et les personnes liées par un pacte civil de solidarité, d'autre part, soient traités de manière identique dès lors qu'ils sont placés par la loi dans des situations juridiques distinctes, il appartient toutefois au pouvoir réglementaire de veiller à ce qu'il n'y ait pas de différence de traitement manifestement disproportionnée aux différences existant entre ces deux formes d'organisation de la vie commune. Pour autant, le Conseil d'État n'a pas censuré la circulaire attaquée, dans la mesure où il a considéré que le délai raisonnable dont disposait le pouvoir réglementaire pour tirer toutes les conséquences de la situation juridique nouvelle en apportant à la réglementation applicable les modifications appropriées n'était pas expiré à la date d'entrée en vigueur de ladite circulaire.

Enfin, par une décision du 27 mai 2002 (*S.A. Transolver Service*), le Conseil d'État, après avoir rappelé le principe selon lequel les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution ne peuvent être regardées comme implicitement ratifiées dans leur ensemble par des lois modifiant des dispositions isolées au sein de celles adoptées par cette ordonnance, a jugé qu'entraînant dans le champ d'application de l'habilitation donnée par le Parlement au Gouvernement pour adopter la partie législative d'un code l'insertion dans cette partie de dispositions réglementaires déclarées illégales par le Conseil d'État en raison de leur appartenance au domaine de la loi.

Agriculture, chasse

Par sa décision du 25 janvier 2002 (*Ligue pour la protection des oiseaux et autres*), l'Assemblée du contentieux a annulé le décret du 1^{er} août 2000 modifiant l'article R. 244-6 du Code rural en tant qu'il fixait les dates d'ouverture et de clôture de la chasse aux oiseaux de passage et au gibier d'eau. Le



Conseil d'État a fait application des principes dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes pour interpréter l'article 7 § 4 de la directive du 2 avril 1979 concernant la protection des oiseaux sauvages. Il résulte de cette interprétation que la protection des espèces pendant leur période de vulnérabilité doit être complète et que l'échelonnement des dates de la chasse en fonction des espèces n'est permis que s'il est scientifiquement établi qu'il est compatible avec l'objectif de protection complète. L'Assemblée du Contentieux a en revanche renvoyé à la Cour de justice des communautés européennes la question de savoir si le c) de l'article 9 § 1 de la directive du 2 avril 1979, sur lequel entend se fonder une disposition du décret du 1^{er} août 2000, permet de déroger aux dates d'ouverture et de fermeture de la chasse et, en cas de réponse affirmative à cette question, selon quels critères et dans quelles limites ces dérogations peuvent être accordées.

Le Conseil d'État s'est prononcé sur les conditions d'utilisation du « Gaucho », insecticide « systémique » le plus répandu en France, soupçonné d'être à l'origine des troubles dont souffrent les abeilles, qui se traduisent par une diminution de la production de miel en France. Le ministre de l'Agriculture avait décidé, en 1999, de suspendre temporairement l'autorisation d'usage du Gaucho pour les semences de tournesol, plante mellifère particulièrement prisée de ces insectes. Il avait en revanche refusé, en 2001, d'abroger l'autorisation de mise sur le marché du « Gaucho », en tant qu'elle concerne la vente pour le traitement des semences de maïs. Par une décision du 9 octobre 2002 (*Union nationale de l'apiculture française*), le Conseil d'État a annulé ce refus. Il a en effet jugé que la persistance des troubles chez les abeilles aurait dû conduire le ministre à procéder au réexamen de leurs causes possibles, au nombre desquelles figurent les utilisations encore autorisées du « Gaucho ». Le Conseil d'État a assorti son annulation d'une injonction faite au ministre de l'Agriculture de procéder dans un délai de trois mois au réexamen de la demande d'abrogation de l'autorisation concernant le maïs.

Audiovisuel

Par une décision du 13 décembre 2002 (*Société Radio Monte-Carlo*), la Section du contentieux a admis que, pour apprécier les mérites respectifs des radios ayant répondu à un appel à candidature pour l'exploitation d'un service de radiodiffusion sonore par voie hertzienne, le Conseil supérieur de l'audiovisuel puisse prendre en compte le critère de l'expérience acquise dans les activités de communication prévu par le 1^o de l'article 29 de la loi du 30 septembre 1986. En l'espèce, il a jugé que Radio Monte-Carlo ne présentait pas une expérience moindre que celle de la radio qui avait été retenue dans le cadre d'un appel portant sur la région de Roanne.

Commerce

Par une décision du 27 mai 2002 (*SA Guimatho*), la Section du contentieux a précisé que la combinaison des critères sur lesquels les commissions d'équipement commercial se fondent, en vertu de la loi du 27 décembre 1973, appelle un raisonnement en deux temps. Il appartient aux commissions d'équipement commercial d'apprécier d'abord si un projet soumis à autorisation est de



nature à compromettre, dans la zone de chalandise intéressée, l'équilibre recherché par le législateur entre les différentes formes de commerce en provoquant, selon les termes de la loi, « l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux ». Dans l'affirmative, il leur faut ensuite rechercher si cet inconvénient est compensé par les effets positifs que le projet peut présenter au regard notamment de l'emploi, de l'aménagement du territoire, de la concurrence, de la modernisation des équipements commerciaux, et, plus généralement, de la satisfaction des besoins du consommateur.

Comptabilité publique

Par une décision du 15 mars 2002 (*Office des migrations internationales*), la Section du contentieux, saisie d'un litige relatif à la contribution spéciale due à l'Office des migrations internationales en application de l'article L. 341-7 du Code du travail par les entreprises ayant employé des ressortissants étrangers en situation irrégulière, a précisé la portée de l'opposition formée par un débiteur à l'encontre d'un titre de recouvrement émis par l'État ou une autre personne publique. Elle a jugé que si l'effet suspensif qui s'attache à cette opposition vaut à l'égard de la procédure de recouvrement forcé, elle est sans incidence sur l'exigibilité de la créance constatée par le titre. Elle en a déduit qu'une telle opposition ne fait pas obstacle à ce que soit mise à la charge du débiteur de la contribution spéciale définie à l'article L. 341-7 du Code du travail, dans le cas où celle-ci n'a pas été acquittée dans le délai imparti, la majoration forfaitaire de 10 % prévue par l'article R. 341-35 du même Code, dont le recouvrement sera toutefois également suspendu par l'opposition. Cette décision juge implicitement que le pouvoir réglementaire était compétent pour créer cette majoration forfaitaire.

Concurrence

Par une décision du 29 juillet 2002 (*Société CEGEDIM*), le Conseil d'État a jugé que lorsque des données publiques peuvent être regardées, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit, l'État peut percevoir des droits privatifs à l'occasion de la communication de ces données en vue de leur commercialisation. Toutefois, ces droits ne peuvent faire obstacle, par leur caractère excessif, à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque les données qui en sont la contrepartie constituent pour ces derniers une facilité essentielle, c'est-à-dire une ressource nécessaire à l'élaboration d'un produit ou d'une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'État. La perception, en pareille hypothèse, de droits privatifs excessifs constitue un abus de position dominante méconnaissant l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Constitution

Par une décision du 25 octobre 2002 (*M. Brouant*), l'Assemblée du contentieux a jugé que le règlement intérieur du 27 juin 2001 par lequel le Conseil constitutionnel a défini un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles il exerce les



missions qui lui sont confiées par la Constitution. Ce règlement ne revêt donc pas le caractère d'un acte administratif. La juridiction administrative est par conséquent incompétente pour en connaître. Cette décision peut être rapprochée d'une décision d'Assemblée du 5 mars 1999 (*Président de l'Assemblée nationale*), par laquelle le Conseil d'État avait au contraire admis la compétence de la juridiction administrative pour connaître des marchés conclus par les assemblées parlementaires, lesquels ne peuvent pas être rattachés aux fonctions constitutionnelles du Parlement.

Contributions et taxes

Outre celles qui sont mentionnées sous la rubrique « Procédure contentieuse (référés) », plusieurs décisions importantes ont été rendues au cours de l'année 2002 en matière fiscale. Deux d'entre elles l'ont été à l'occasion de demandes d'avis formées, sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, par des tribunaux administratifs ou des cours administratives d'appel.

La première demande d'avis était relative aux conséquences qu'emportent, pour la détermination du quotient familial applicable aux parents divorcés ou en instance de divorce et faisant l'objet d'une imposition distincte, l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur les enfants mineurs nés de leur union et la fixation du lieu de résidence de ces enfants. La Section du contentieux a répondu à cette demande dans un avis du 31 mai 2002 (*M^{me} Mouthe*), par lequel elle a modifié les critères jurisprudentiels relatifs à la détermination du nombre de parts prévu aux articles 193 et suivants du Code général des impôts. Prenant acte du retard pris par le législateur pour tirer les conséquences, dans ce Code, des évolutions intervenues tant dans les dispositions du Code civil relatives au divorce et à l'autorité parentale que dans les modalités pratiques de fixation du lieu de résidence des enfants de parents séparés, le Conseil d'État a considéré qu'il y avait désormais lieu de retenir, comme seul critère d'attribution de la majoration de quotient familial, la prise en charge, par l'un des parents distinctement imposés, de la part principale de la charge effective d'éducation et d'entretien relative à chacun de leurs enfants mineurs. La preuve de cette répartition est présumée rapportée par toute convention éventuellement conclue entre les parents, stipulant leurs contributions respectives à cette prise en charge et homologuée par le juge judiciaire compétent. En cas de partage égal entre les deux parents de cette charge effective, le Conseil d'État a considéré qu'il y avait lieu d'attribuer la majoration en cause à celui des parents que la convention homologuée a, le cas échéant, expressément désigné à cette fin, et qu'en l'absence d'une telle convention ou dans son silence, l'enfant devait être réputé à la charge de chacun de ses parents, au sens et pour l'application de l'article 196 du Code général des impôts, mais n'ouvrait droit qu'à un avantage fiscal égal à la moitié de celui prévu au premier alinéa de l'article 194 et à l'article 197 de ce Code pour un enfant de même rang³.

3 - Voir rapport d'activité de la Section des finances, observations relatives au second projet de loi de finances rectificative pour 2002.

Un autre avis important (*SA Financière Labeyrie*) a conduit l'Assemblée du contentieux à prendre position, le 12 avril 2002, sur deux questions délicates relatives à l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à la matière fiscale. Le Conseil d'État a tout d'abord précisé qu'en regard à sa finalité, l'intérêt de retard réclamé aux contribuables sur le fondement de l'article 1727 du Code général des impôts ne peut, dès lors que son niveau ne devient pas manifestement excessif par rapport au taux moyen des découverts bancaires, être regardé comme une sanction au sens du droit interne ou des stipulations de l'article 6 § 1 de la Convention. Il a par ailleurs considéré que si les stipulations combinées des articles 14 de la Convention et 1^{er} du premier protocole additionnel à cette Convention peuvent être utilement invoquées pour soutenir que la loi fiscale serait à l'origine de discriminations injustifiées entre contribuables, elles sont sans portée dans les rapports institués entre la puissance publique et un contribuable à l'occasion de l'établissement ou du recouvrement de l'impôt. Le Conseil d'État en a déduit que ne peut être accueilli le moyen tiré de l'existence d'une différence de taux entre les intérêts de retard réclamés aux contribuables et les intérêts moratoires dont sont assortis les trop perçus que l'État peut être conduit à leur reverser.

Par une décision du 28 juin 2002 (*Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Schneider Electric*), l'Assemblée du contentieux a tranché une des questions doctrinales les plus controversées en matière de fiscalité internationale. Après avoir rappelé le sens et la portée du principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales, le Conseil d'État, se livrant à une lecture littérale de l'article 209 B du Code général des impôts, a jugé que cet article, qui a pour objet de permettre l'imposition en France des bénéfices résultant de l'exploitation d'une société établie à l'étranger, est contraire aux stipulations du paragraphe 1 de l'article 7 de la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966, dans sa rédaction antérieure à l'avenant du 22 juillet 1997, lequel réserve à l'État de résidence l'imposition de la totalité des bénéfices d'une entreprise, sauf à ce que celle-ci dispose d'un établissement stable dans l'autre État contractant.

Par une décision du 5 juin 2002 (*M. Simæns*), le Conseil d'État a étendu à la taxe professionnelle sa jurisprudence de Section S.A. *Ferme de Rumont* du 7 décembre 2001, en jugeant que lorsqu'une imposition est, telle la taxe professionnelle, assise sur la base d'éléments qui doivent être déclarés par le redevable, l'administration ne peut établir, à la charge de celui-ci, des droits excédant le montant de ceux qui résulteraient des éléments qu'il a déclarés qu'après l'avoir, conformément au principe général des droits de la défense, mis à même de présenter ses observations. Pour statuer en ce sens, il a relevé que les dispositions de l'article L. 56 du livre des procédures fiscales, en vertu desquelles la procédure de redressement contradictoire prévue par les articles L. 55 à L. 61 de ce livre n'est pas applicable en matière d'impositions directes perçues au profit des collectivités locales, ont pour seul effet d'écartier cette procédure de redressement contradictoire mais ne dispensent pas du respect, en ce qui concerne la taxe professionnelle, des obligations qui découlent du principe général des droits de la défense.



Droits civils et individuels

Par une décision avant dire droit du 6 novembre 2002 (*M. Moon Sun Myung*), l'Assemblée du contentieux a précisé les pouvoirs d'instruction du juge administratif quand il est saisi d'un litige portant sur l'exercice de ce droit d'accès [voir : Procédure contentieuse (hors référés)]. L'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit que les fichiers intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique font l'objet d'un droit d'accès indirect par l'intermédiaire de la commission nationale de l'informatique et des libertés. Abandonnant sa jurisprudence du 19 mai 1983 (*Bertin*), qui interprétait l'article 39 comme consacrant un accès indirect pour l'ensemble des informations contenues dans le fichier, l'Assemblée a jugé que dès lors qu'un fichier comprend à la fois des informations dont la communication au demandeur pourrait porter atteinte aux fins assignées à ce traitement et, d'autre part, des informations dont la communication ne mettrait pas en cause ces mêmes fins, seules les premières doivent faire l'objet d'un accès indirect par l'intermédiaire de la commission nationale de l'informatique et des libertés, qui informe le demandeur qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires. Pour les secondes, il appartient au seul gestionnaire du fichier de donner son accord à leur communication, qu'il soit saisi directement par le demandeur ou par l'intermédiaire de la commission nationale de l'informatique et des libertés.

Droit communautaire

Saisie de la question de savoir si l'interdiction faite en France aux établissements bancaires, par la décision n° 86-13 du 14 mars 1986 du comité de la réglementation bancaire prise en application de l'article L. 312-3 du Code monétaire et financier, de rémunérer les comptes à vue des résidents est contraire aux dispositions de l'article 43 du traité instituant la communauté européenne relatives à la liberté d'établissement, la Section du contentieux a, le 6 novembre 2002 (*Société Caixa Bank*), dans le silence de la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit, décidé, en application de l'article 234 du traité, de saisir d'une question préjudicielle en ce sens la Cour de justice des communautés européennes. La Section a également demandé à la Cour de préciser la nature des raisons d'intérêt général qui pourraient être invoquées pour justifier, le cas échéant, l'entrave à la liberté d'établissement que pourrait constituer une telle réglementation.

La prise en compte du droit communautaire en matière de fonction publique est illustrée par plusieurs décisions rendues en 2002.

Faisant application des stipulations de l'article 39 du traité instituant la communauté européenne, le Conseil d'État a jugé, par une décision du 13 mars 2002 (*M. Courbage*), que lorsqu'un État membre prévoit, à l'occasion du recrutement du personnel, de prendre en compte des activités professionnelles antérieures exercées par les candidats au sein d'une administration publique, il ne peut, à l'égard des ressortissants communautaires, exclure les services de même nature accomplis dans un autre État membre de la Communauté européenne.



En matière de pensions, le Conseil d'État a tiré les conséquences de l'arrêt du 29 novembre 2001 par lequel la Cour de justice des communautés européennes a jugé que le principe de l'égalité des rémunérations, affirmé par l'article 119 (devenu 141) du Traité instituant la Communauté européenne, s'oppose à ce qu'une bonification accordée pour le calcul d'une pension de retraite aux personnes qui ont assuré l'éducation de leurs enfants soit réservée aux femmes, alors que les hommes ayant assuré l'éducation de leurs enfants seraient exclus de son bénéfice. Par une décision du 5 juin 2002 (*M. Choukroun*), le Conseil d'État a jugé que méconnaît ce principe le Code des pensions civiles et militaires de retraite, en ce qu'en prévoyant en son article L. 50 que la jouissance de la pension à laquelle a droit le conjoint survivant d'une femme fonctionnaire est, dans certains cas, suspendue, sans qu'aucune disposition analogue ne soit prévue en ce qui concerne les épouses survivantes d'un homme fonctionnaire, il introduit sur ce point une discrimination entre les femmes et les hommes fonctionnaires qui n'est justifiée par aucune différence de situation relativement à l'octroi de la pension en cause. Par une décision du 29 juillet 2002 (*M. Griesmar*), après avoir constaté que les dispositions du b) de l'article L. 12 du Code des pensions civiles et militaires de retraite étaient, en ce qu'elles instituent pour le calcul de la pension une bonification d'ancienneté d'un an par enfant dont il réserve le bénéfice aux « femmes fonctionnaires », également incompatibles avec le principe d'égalité des rémunérations, le Conseil d'État a enjoint au ministre de modifier les conditions dans lesquelles la pension du requérant lui a été concédée et de revaloriser rétroactivement cette pension.

Par une décision du 10 juillet 2002 (*Fédération CFDT Interco*), la Section du contentieux a jugé que le droit pour tout travailleur d'être consulté et de participer aux questions touchant à la sécurité et à la santé au travail, garanti par la directive du Conseil n° 89/391 du 12 juin 1989, impose que les représentants du personnel aux comités techniques paritaires des collectivités locales et de leurs établissements publics, auxquels incombe la consultation sur ces questions, soient élus par toutes les catégories d'agents. Il en a déduit que le gouvernement ne pouvait maintenir après le 31 décembre 1992, date d'expiration du délai de transposition de cette directive, les dispositions de l'article 8 du décret du 30 mai 1985 relatif aux comités techniques paritaires des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, en tant qu'elles excluent du corps électoral les agents non titulaires n'occupant pas un emploi permanent et les agents de droit privé.

Droit international

Par une décision du 8 juillet 2002 (*Commune de Porta*), le Conseil d'État a précisé les limites de son contrôle sur la ratification ou l'approbation d'un traité ou d'un accord. Il a ainsi jugé que si, pour vérifier si un traité ou un accord peut être regardé comme régulièrement ratifié ou approuvé, il appartient au juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen soulevé devant lui et tiré de la méconnaissance, par l'acte de publication de cet engagement international, des dispositions de l'article 53 de la Constitution, il ne lui appartient pas, en revanche, dès lors que sa ratification ou son approbation a été autorisée en vertu d'une loi, de se prononcer sur le moyen tiré de ce que la loi autorisant cette ratification serait contraire à la Constitution.



Élections

Une partie de l'activité de l'année 2002 a été consacrée au contentieux d'appel des élections municipales et cantonales des 11 et 18 mars 2001, qui, en dépit de l'interruption rendue nécessaire par les élections présidentielles et législatives, a été tranché avant l'automne.

Le Conseil d'État a tout d'abord été conduit à tirer les conséquences de la loi du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, notamment de l'article L. 264 du Code électoral, qui prévoit que, sur chaque liste, l'écart entre le nombre de candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un et qu'au sein de chaque groupe entier de six candidats dans l'ordre de présentation de la liste doit figurer un nombre égal de candidat de chaque sexe. Par une décision du 25 mars 2002 (*Élections municipales de Case-Pilote*), il a annulé l'ensemble des opérations électorales d'une commune dans laquelle la composition d'une liste, arrivée en tête au premier tour, méconnaissait ces dispositions.

Trois décisions ont apporté des précisions en matière de procédure contentieuse.

La Section du contentieux a jugé, par une décision du 13 décembre 2002 (*Maire de Saint-Jean-d'Eyraud*), que le maire d'une commune, agissant en cette qualité comme agent de l'État dans l'exercice des attributions qui lui sont conférées pour la révision des listes électorales, est recevable à interjeter appel du jugement rendu par un tribunal administratif saisi par un déféré du préfet sur le fondement des dispositions de l'article R. 12 du Code électoral. La Section a considéré que ces dernières dispositions, qui permettent au préfet de déférer au tribunal administratif, dans les deux jours, les opérations de la commission administrative chargée de la révision annuelle des listes électorales, ne sauraient conduire le juge à méconnaître les dispositions des articles R. 611-1 et R. 711-2 du Code de justice administrative, qui imposent de communiquer les mémoires et d'avertir les parties du jour auquel l'affaire sera appelée à l'audience. Ces dispositions ont en effet pour objet d'assurer le respect du caractère contradictoire de l'instruction dont, conformément au principe rappelé à l'article L. 5 du Code de justice administrative, l'urgence peut permettre d'aménager les modalités de mise en œuvre mais ne saurait écarter l'application.

Une décision du 29 juillet 2002 (*Élections municipales de Bastia*) rappelle que les griefs tirés de l'irrégularité de certains votes et des conditions de dépouillement et de décompte des suffrages ne sont recevables que s'ils sont assortis, dans le délai de saisine du juge de l'élection, de précisions suffisantes. Ainsi, des requérants ne peuvent, s'agissant des bulletins blancs ou nuls, se borner, dans le délai susmentionné, à indiquer le nombre de bulletins annulés dans chacun des bureaux de vote de la commune en faisant valoir, de manière globale, que ces annulations sont intervenues en méconnaissance de plusieurs des prescriptions de l'article L. 66 du Code électoral. N'est pas susceptible de rendre le grief recevable la circonstance invoquée par les requérants selon laquelle ils n'ont pu consulter à la préfecture les pièces annexées aux procès-verbaux des opérations électorales qu'après l'expiration du délai de protestation, alors qu'aucune disposition du Code électoral ne prévoit la possibilité pour les électeurs d'avoir accès à ces pièces.



Par une décision du 10 juillet 2002 (*Élections municipales de Piré-sur-Seiche*), la Section du contentieux a détaillé les modalités d'examen par le juge de l'élection des griefs relatifs à la validité de certains bulletins de vote. Lorsqu'un protestataire conteste la validité de bulletins, le juge doit examiner ces derniers et peut en outre, s'il l'estime utile, ordonner le versement au dossier de l'ensemble des bulletins des bureaux de vote faisant l'objet de contestations par le protestataire. La Section a jugé que le juge ne devait procéder à une telle extension de son contrôle que si le grief invoqué est de nature à remettre en cause l'élection d'un candidat. Avant d'aller au-delà de la stricte demande des protestataires, le juge doit donc tenir compte, de façon pragmatique, du sérieux du grief et de l'écart des voix. La Section a précisé par ailleurs que le juge est tenu, lorsqu'il décide d'examiner des bulletins dont la validité n'avait pas été contestée par le protestataire, d'en prévenir préalablement les parties pour assurer le respect du principe du contradictoire.

Deux décisions ont enrichi la jurisprudence relative aux manœuvres de nature à altérer la sincérité du scrutin.

Une décision du 29 juillet 2002 (*Élections municipales de Vitrolles*) a permis de rappeler qu'existent des limites à la polémique électorale. Le Conseil d'État a en effet jugé que l'exceptionnelle violence des attaques portées contre le candidat tête de l'une des listes aux élections municipales de Vitrolles, notamment par le biais de tracts massivement diffusés et contenant des imputations injurieuses et diffamatoires mettant en cause sa vie privée, excluait toute défense utile de la part de l'intéressé et avait constitué une manœuvre. Compte tenu de l'absence d'éléments lui permettant d'en mesurer les conséquences sur la répartition des suffrages recueillis par chacune des trois listes en présence et de l'écart réduit des voix séparant les deux listes arrivées en tête, le Conseil d'État a considéré que cette manœuvre devait être regardée comme ayant été de nature à fausser les résultats du scrutin, et annulé en conséquence les opérations électorales.

Par une autre décision du même jour (*Élections municipales de Levallois-Perret*), le Conseil d'État a jugé que la condition d'éligibilité posée par l'article L. 231 du Code électoral, qui, dans sa rédaction en vigueur à la date du second tour des élections municipales de mars 2001, excluait que les comptables des deniers communaux puissent être élus conseillers municipaux dans les communes situées dans le ressort où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois, devait être appréciée à la date à laquelle il a été procédé aux opérations électorales. Déniant tout effet rétroactif à la modification apportée à ces dispositions par l'article 46 de la loi du 21 décembre 2001 relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes, le Conseil d'État a relevé que le candidat tête de la liste ayant remporté les élections, qui avait été déclaré comptable de fait des deniers de la commune de Levallois-Perret par un arrêt de la Cour des comptes devenu définitif, n'avait pas apuré son compte de gestion à la date du second tour de scrutin, et était par conséquent inéligible en vertu des dispositions de l'article L. 231 du Code électoral. Eu égard notamment à la notoriété de ce candidat, au caractère fortement personnalisé de sa campagne et à l'accent mis durant celle-ci sur le bilan de l'action qu'il avait conduite par le passé en qualité de maire de la commune, le Conseil d'État a jugé que la présentation de la liste qu'il menait, irrégulièrement constituée du fait de son inéligibilité,



avait constitué une manœuvre de nature à altérer la sincérité des opérations électorales et justifiant leur annulation, malgré l'écart constaté entre les nombres des suffrages attribués à chacune des trois listes en présence lors du second tour du scrutin.

Enfin, plusieurs décisions ont apporté des précisions sur l'application de la législation relative au financement des campagnes électorales.

Par une décision du 9 octobre 2002 (*Élections municipales de Nice*), le Conseil d'État a estimé que la circonstance que des consultations juridiques, demandées et prises en charge par une collectivité locale dans le souci d'assurer le fonctionnement normal de ses services en période préélectorale, et notamment de déterminer les conditions dans lesquelles elle pouvait poursuivre sa communication institutionnelle pendant cette période, auraient pour certaines d'entre elles présenté une utilité pour des candidats, conseillers municipaux sortants, dans la conduite de leur campagne électorale, ne permet pas elle seule de les regarder comme des dépenses de campagne, au sens de l'article L. 52-4 du Code électoral.

Par une décision du 12 juillet 2002 (*Élections cantonales d'Annemasse-Sud*), le Conseil d'État a jugé que même si le chèque destiné à payer une dépense n'a pas encore été encaissé à la date de dépôt du compte de campagne, son émission par le candidat ou son mandataire avant le dépôt du compte suffit, en principe, à justifier le caractère effectif du paiement et donc l'équilibre du compte. Il en va autrement si le délai écoulé entre le dépôt du compte et l'encaissement du chèque présente un caractère excessif ou si le montant du chèque en cause est important par rapport au total des dépenses de campagne.

Dans une décision du 13 décembre 2002 (*M. Morez*), la Section du contentieux a rappelé que si un candidat dont le compte n'a pas été approuvé par la commission nationale des comptes de campagne peut discuter le bien-fondé de cette décision à l'appui d'un recours formé devant le juge administratif à l'encontre de la décision du préfet relative au remboursement des dépenses électorales, il n'est, en revanche, pas recevable à former directement un recours contentieux contre la décision par laquelle la commission a rejeté ou réformé son compte de campagne. De même, lorsque, après avoir réformé ou rejeté un compte, la commission nationale saisit le juge de l'élection, cette saisine n'a pas pour objet de faire valider par le juge cette décision de rejet ou de réformation, mais tend seulement à ce que le juge de l'élection recherche s'il y a lieu ou non de prononcer l'inéligibilité du candidat et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'un candidat proclamé élu, d'annuler son élection ou de le déclarer démissionnaire d'office. Ainsi, dans le cas où le juge de l'élection décide qu'il n'y a pas lieu de prononcer l'inéligibilité, le dispositif de son jugement ne saurait faire grief au candidat, sans qu'il y ait à cet égard à distinguer selon que ce dispositif est fondé sur le motif que c'est à tort que le compte a été rejeté ou réformé ou sur un motif tiré, en application du deuxième alinéa de l'article L. 118-3 du Code électoral, de la bonne foi du candidat. Le candidat ne justifie donc pas d'un intérêt pour faire appel d'un tel jugement.



Enseignement

Par une décision du 13 mars 2002 (*Comité académique de l'enseignement catholique des pays de Loire*), le Conseil d'État a jugé que le principe de parité entre directeurs des écoles publiques et directeurs des écoles privées pour les décharges de service, posé par l'article 15 de la loi du 31 décembre 1959 dans sa rédaction issue de l'article 21 de la loi du 20 juillet 1992, et dont le décret du 31 décembre 1992 prévoit l'application complète à partir du 1^{er} septembre 1996, s'oppose à ce que le ministre de l'Éducation nationale refuse, après cette date, d'étendre aux directeurs d'écoles privées les décharges de service qu'il avait prévues par circulaire pour les directeurs d'écoles publiques.

Par plusieurs décisions du 29 novembre 2002 (*Conseil national des groupes académiques de l'enseignement public, UNSA éducation et autres, Syndicat national des enseignements du second degré (SNES) et autres*), le Conseil d'État a annulé les arrêtés et circulaires mettant en place un enseignement bilingue « par immersion » et un enseignement bilingue « à parité horaire », dispensés en langue régionale et en français. Faisant application de la loi qui pose pour règle que « la langue de l'enseignement est le français » (loi du 4 août 1994, reprise par l'article L. 121-3 du Code de l'éducation) et qui ne permet d'apporter à cette règle que de strictes exceptions, le Conseil d'État a constaté, d'une part, que la méthode de l'enseignement bilingue dite « par immersion » réduit l'enseignement en français dans une mesure telle qu'elle va au-delà des exceptions autorisées par le législateur et, d'autre part, que faute pour l'arrêté ministériel instituant l'enseignement « à parité horaire » de préciser les règles de répartition des différentes disciplines entre l'enseignement en français et l'enseignement en langue régionale, il était impossible de s'assurer qu'une partie au moins des enseignements de ces disciplines se feraient en français. L'enseignement « à parité horaire » ouvrirait ainsi des possibilités allant au-delà des nécessités de l'apprentissage d'une langue régionale, et méconnaissait, dans cette mesure, les dispositions de la loi du 4 août 1994.

Étrangers

Par une décision du 22 février 2002 (*M. Dieng*), la Section du contentieux a précisé certaines règles du contentieux de la reconduite à la frontière. Elle a tout d'abord jugé, abandonnant sa précédente jurisprudence (3 novembre 1997, *Préfet de police c/ M^{me} Ben Guertouh*), que le juge unique de la reconduite à la frontière peut connaître de conclusions à fin d'injonction. La Section du contentieux a ensuite jugé que si l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté de reconduite à la frontière n'implique pas la délivrance d'une carte de séjour temporaire (revenant ainsi sur sa jurisprudence du 29 janvier 2001, *Attia*), il incombe au préfet, à la suite d'une telle annulation, non seulement de munir l'intéressé d'une autorisation provisoire de séjour mais aussi, qu'il ait été ou non saisi d'une demande en ce sens, de se prononcer sur son droit à un titre de séjour. Il appartient au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, d'user des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 911-2 du Code de justice administrative pour fixer le délai dans lequel la situation de l'intéressé doit être réexaminée, au vu de l'ensemble de la situation de droit et de fait existant à la date de ce réexamen.



S'agissant du contentieux de l'extradition, le Conseil d'État a, par une décision du 11 février 2002 (*M^{lle} G.*), jugé qu'il exerçait un contrôle restreint sur l'abstention du Premier ministre de faire usage de la possibilité qu'il tient de l'article 1^{er} des réserves et déclarations émises par le Gouvernement de la République française lors de la ratification de la Convention européenne d'extradition du 31 décembre 1957 de refuser une extradition en cas de conséquences d'une gravité exceptionnelle pour la personne réclamée. En l'espèce, il a jugé qu'était entaché d'une erreur manifeste d'appréciation le décret d'extradition d'une personne poursuivie pour un vol mineur alors que des agents de la police du pays demandeur l'avaient précédemment livrée à un réseau de prostitution.

Famille

Par une décision du 6 mai 2002 (*M^{lle} B.*), le Conseil d'État a précisé les critères susceptibles d'être utilisés dans l'instruction d'une demande d'agrément en vue de l'adoption d'un enfant. Il a jugé que lorsqu'une telle demande est présentée, comme le permet l'article 343-1 du Code civil, par une personne célibataire, l'autorité administrative peut rechercher, au titre des facteurs éducatifs et psychologiques favorables à la formation de la personnalité de l'enfant, si la personne candidate à l'adoption peut offrir dans sa famille ou son entourage une « image ou un référent » paternel, dans le cas d'une demande présentée par une femme, ou maternel, dans le cas d'une démarche effectuée par un homme. Il a ajouté que cette même circonstance ne fait pas non plus obstacle, dans le cas où le demandeur est célibataire et vit une relation stable avec une autre personne, qui sera nécessairement appelée à contribuer à l'« accueil » de l'enfant au sens des dispositions de l'article 4 du décret du 1^{er} septembre 1998, à vérifier, même dans le cas où cette relation ne se traduit pas par un lien juridique, que le comportement ou la personnalité de ce tiers, appréciés en fonction de considérations objectives, sont de nature à favoriser un tel accueil. Enfin, le Conseil d'État a jugé que la prise en considération, au regard des besoins et de l'intérêt d'un enfant adopté, de la relation homosexuelle dans laquelle était engagée une personne à l'époque de l'instruction de sa demande d'agrément ne méconnaît ni les stipulations combinées des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni les dispositions de l'article 225-2 du Code pénal prohibant les discriminations à raison du sexe.

Fonction publique

Par une décision du 28 juin 2002 (*M. Chaumet*), l'Assemblée du contentieux a jugé que l'instauration d'un quota au-delà duquel les agents d'un corps de fonctionnaires ne peuvent plus être détachés introduit une différence de traitement qui n'a pas de justification objective lorsque ce quota ne s'applique qu'aux agents titularisés après une date donnée. À cet égard, l'Assemblée a jugé que la situation née des conditions dans lesquelles la gestion du corps des ingénieurs des télécommunications a été assurée depuis la transformation de France Télécom en personne morale de droit public, puis en société anonyme, par la loi du 2 juillet 1990 modifiée par la loi du 26 juillet 1996, ne pouvait



constituer une circonstance exceptionnelle de nature à justifier légalement une telle différence de traitement entre agents d'un même corps.

Par une décision du 6 novembre 2002 (*M. Guisset*), la Section du contentieux a rappelé la règle selon laquelle tout fonctionnaire en activité tient de son statut, sous réserve de dispositions particulières de celui-ci, le droit de recevoir, dans un délai raisonnable, une affectation correspondant à son grade. Le Conseil d'État a ainsi jugé que méconnaissait cette règle le ministre qui maintient pendant plus de onze années un fonctionnaire en activité avec traitement mais sans affectation, alors qu'il lui appartenait soit de proposer une affectation à ce fonctionnaire, soit, s'il l'estimait inapte aux fonctions correspondant à son grade, d'engager une procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle. Il a également jugé que si l'illégalité ainsi commise engageait envers ce fonctionnaire la responsabilité de l'État, celle-ci était susceptible d'être atténuée lorsque, compte tenu de son niveau hiérarchique et de la durée de la période pendant laquelle il avait bénéficié d'un traitement sans exercer aucune fonction, l'agent n'avait pas entrepris de démarches auprès de son administration.

En vertu de l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, le fonctionnaire suspendu dont la situation n'a pas été définitivement réglée est rétabli dans ses fonctions à l'expiration d'un délai de quatre mois, sauf s'il fait l'objet de poursuites pénales. Par une décision du 3 mai 2002 (*La Poste c/ M^{me} Fabre*), le Conseil d'État a jugé que la notion de « poursuites pénales » vise uniquement les cas où l'action publique est mise en œuvre contre le fonctionnaire, au nombre desquels figure le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile à l'initiative d'une partie lésée.

La décision *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle* (2 octobre 2002) juge que, lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve de manière définitive atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi, il appartient à l'employeur, en vertu d'un principe général du droit dont s'inspirent tant le Code du travail que les règles applicables aux fonctionnaires, de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité de le reclasser, de prononcer son licenciement.

Marchés et contrats administratifs

Deux avis rendus à la demande de tribunaux administratifs ou de cours administratives d'appel, en application de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, méritent d'être soulignés.

Dans un avis rendu le 29 juillet 2002 (*Société MAJ Blanchisserie de Pantin*), le Conseil d'État a estimé que l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier selon lequel « les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs » s'applique à tous les marchés passés en application de ce Code, y compris ceux conclus sans formalités préalables après l'entrée en vigueur du décret du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics. En revanche, ces dispositions ne visent pas les marchés qui, bien que n'entrant pas dans le champ d'application de ce Code, sont conclus, à la seule initiative des cocontractants, selon l'une des procédures prévues par lui.



L'Assemblée du contentieux a, par un avis du 6 décembre 2002 (*Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haj-les-Roses*), estimé que sous réserve que la transaction conclue entre des parties à un contrat ait pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente, le juge administratif peut, saisi de conclusions en ce sens, homologuer un tel contrat de transaction. Le contrat de transaction étant, en vertu de l'article 2052 du Code civil, exécutoire de plein droit, sont recevables les seules demandes tendant à l'homologation de transactions conclues pour remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou par la constatation d'une illégalité, lorsque cette situation ne peut donner lieu à régularisation, ou lorsque l'exécution de cette transaction se heurte à des difficultés particulières. La demande d'homologation n'est recevable qu'après, le cas échéant, approbation de la transaction par l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale et transmission au contrôle de légalité. Le juge administratif vérifie, au terme d'une instruction contradictoire, écrite ou orale, que l'objet de cette transaction est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique intéressée une libéralité et qu'elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public. Pour exercer ce contrôle, le juge communique la demande à toute personne qui aurait la qualité de partie si le litige que la transaction prévient ou éteint faisait l'objet d'un jugement, et, s'il y a lieu, au représentant de l'État en charge du contrôle de légalité auquel la transaction a été préalablement soumise. Il fait application de celles des règles de procédure qui ne sont pas incompatibles avec l'objet de la demande d'homologation et dispose notamment de tous les moyens d'investigation mentionnés au titre II du livre VI du Code de justice administrative. Si l'une des conditions de fond n'est pas remplie, ou si le juge estime ne pas disposer des éléments d'appréciation nécessaires, la transaction n'est pas homologuée, ce qui entraîne sa nullité.

En matière de référé, le Conseil d'État a, par une décision du 29 juillet 2002 (*Ville de Nice c/ SARL Loisirs et Innovations*), précisé les conditions dans lesquelles sont susceptibles de se combiner les pouvoirs que le juge administratif tient respectivement de l'article L. 521-1 (référé suspension) et de l'article L. 551-1 (référé précontractuel). Il résulte de cette décision que lorsque des conclusions relatives à l'acte détachable d'un contrat sont susceptibles de relever des deux régimes, il appartient au requérant, dès lors que les deux demandes sont présentées, instruites et jugées selon des procédures distinctes, de préciser celle des deux procédures qu'il entend mettre en œuvre, sans pouvoir les présenter simultanément dans une même requête.

Procédure contentieuse (hors référés)

Parmi les décisions importantes concernant la procédure contentieuse, il convient de citer celles du 6 décembre 2002 par lesquelles l'Assemblée et la Section du contentieux se sont prononcées sur la régularité de la composition et du fonctionnement des juridictions spécialisées et sur le contrôle exercé à cet égard par le juge.

Par une décision *M. Maciolak*, l'Assemblée du contentieux a rappelé les obligations qui s'imposent au juge administratif en matière de contrôle de la régularité de la composition de la juridiction dont la décision est contestée. Il lui



revient de s'assurer, alors même que cette question n'est pas discutée devant lui, que la juridiction a siégé dans une composition conforme aux dispositions législatives ou réglementaires qui déterminent cette composition ainsi qu'aux principes qui gouvernent la mise en œuvre de ces dispositions. En revanche, la conformité de ces dispositions aux normes supérieures et, en particulier, aux stipulations des traités ou accords internationaux, comme celles de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui ne relève pas du champ d'application de la loi, ne constitue pas une question d'ordre public.

Par des décisions *M. Trognon* et *M. Ain Lhout* rendues le même jour, l'Assemblée et la Section du contentieux ont rappelé qu'en vertu des principes généraux applicables à la fonction de juger, toute personne appelée à siéger dans une juridiction doit se prononcer en toute indépendance et sans recevoir d'instruction. La seule présence de fonctionnaires parmi les membres d'une juridiction – en l'espèce, la commission départementale d'aide sociale et la commission départementale des travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés – ne peut par elle-même être de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de celle-ci. Toutefois, lorsqu'un fonctionnaire est appelé, sans que des garanties appropriées assurent son indépendance, à siéger dans une juridiction en raison de ses fonctions alors que celles-ci le font participer à l'activité des services en charge des questions soumises à la juridiction, un doute objectivement justifié peut naître sur l'impartialité de la juridiction.

La décision d'Assemblée du 6 novembre 2002 (*M. Moon Sun Myung*) précise, quant à elle, les pouvoirs d'instruction du juge administratif quand il est saisi d'un litige portant sur l'exercice du droit d'accès aux fichiers intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique. L'Assemblée du contentieux a réaffirmé l'importance du respect du caractère contradictoire de l'instruction qui impose au juge administratif de ne statuer qu'au vu des seules pièces du dossier qui ont été communiquées aux parties. Confirmant sa jurisprudence *Secrétaire d'État à la guerre c/ Coulon* du 11 mars 1955 et refusant d'étendre la jurisprudence de Section *Banque de France c/ Hubersschwiller* du 23 décembre 1988, elle a jugé que, dans l'hypothèse où l'administration estime devoir refuser la communication de certaines informations couvertes par un secret garanti par la loi ou intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique, il lui appartient toutefois de verser au dossier soumis à l'instruction contradictoire tous les éléments d'information appropriés sur la nature des pièces écartées de la communication et les raisons de cette exclusion. C'est sur la base de ces éléments d'information que le juge administratif doit former sa conviction sur les points en litige. Si un refus est opposé à une demande d'information formulée par le juge, celui-ci doit joindre cet élément de décision à l'ensemble des autres éléments du dossier pour rendre son jugement.

Statuant sur une autre question de procédure, le Conseil d'État a, par une décision du 12 juillet 2002 (*M. et M^{me} Leniau*), précisé le statut de la note en délibéré dont l'une des parties à l'instance peut saisir le juge administratif postérieurement à la clôture de l'instruction et au prononcé des conclusions du commissaire du gouvernement. Il appartient au juge, dans tous les cas, d'en prendre connaissance avant le prononcé de la décision. S'il a toujours la



faculté de rouvrir l'instruction et de soumettre au débat contradictoire les éléments contenus dans la note en délibéré, il n'est tenu de le faire, à peine d'irrégularité de sa décision, que si cette note contient soit l'exposé d'une circonstance de fait dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et que le juge ne pourrait ignorer sans fonder sa décision sur des faits matériellement inexacts, soit d'une circonstance de droit nouvelle ou que le juge devrait relever d'office.

Appelée à se prononcer sur la régularité de la procédure suivie devant le Conseil supérieur de la magistrature lorsqu'il siège comme conseil de discipline des magistrats du siège, la Section du contentieux a jugé le 6 novembre 2002 (*M. Wargniez*) que les dispositions de l'article 56 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, qui prévoient que le magistrat déféré est invité à fournir ses explications et moyens en défense sur les faits qui lui sont reprochés « après lecture du rapport », ne font pas obligation au rapporteur du Conseil supérieur de la magistrature de donner effectivement lecture de son rapport lors de la séance. La communication du rapport écrit au magistrat déféré et aux membres du Conseil supérieur de la magistrature, à condition qu'elle ait eu lieu en temps utile avant la séance, satisfait aux fins en vue desquelles la lecture du rapport a été prévue par les dispositions en cause. Dans ces conditions, le seul fait que le rapporteur a été dispensé de la lecture de son rapport en séance ne vicie pas la procédure.

Enfin, par une décision du 22 février 2002 (*Association de riverains pour la gestion et la sauvegarde du bassin hydrographique du Trioux, du Leff et du milieu vivant*), la Section du contentieux a jugé que lorsque le Conseil d'État règle l'affaire au fond après cassation, en application de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative, il doit répondre aux moyens soulevés en appel après la clôture de l'instruction, et qui ont été développés et discutés devant lui.

Procédure contentieuse (référés)

De nombreuses questions concernant l'application des procédures d'urgence créées par la loi du 30 juin 2000 ont été tranchées en 2002.

Le Conseil d'État a tout d'abord précisé l'étendue du contrôle de cassation qu'il exerce sur les décisions des juges de référés statuant en premier et dernier ressort. Ainsi, par une décision du 29 novembre 2002 (*Communauté d'agglomération de Saint-Étienne Métropole*), la Section du contentieux a jugé, d'une part, que le juge des référés qui octroie la mesure de suspension demandée en désignant le moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision litigieuse se livre à une appréciation souveraine des circonstances de l'espèce qui, en l'absence de dénaturation, ne peut être discutée devant le juge de cassation. Si, d'autre part, saisi d'un moyen en ce sens, le juge de cassation contrôle l'erreur de droit commise par le juge des référés dans la prise en compte de ce moyen, il ne doit le faire qu'eu égard à la nature de l'office particulier attribué au juge des référés : ainsi, lorsque, comme en l'espèce, le moyen invoqué devant le juge des référés pose un problème délicat d'interprétation d'un texte, le juge de cassation apprécie la légalité de l'ordonnance attaquée non pas en interprétant ce texte comme devrait le faire



un juge du principal, mais en recherchant si, eu égard à l'ambiguïté de ce texte, le juge des référés a pu estimer qu'il y avait un doute sérieux

Par une décision du 22 février 2002 (*Société des pétroles Shell*), la Section du contentieux a précisé l'étendue du contrôle de cassation exercé sur la justesse du « bilan » auquel procède le juge des référés dans son appréciation de l'urgence au titre des dispositions de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative (Section, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et Société Sud-Est Assainissement*). Elle a jugé que ce bilan entre les différents intérêts en présence relève de l'appréciation souveraine du juge des référés, qui ne peut être soumise en cassation qu'au contrôle de la dénaturation. Le Conseil d'État a fait application de cette règle dans un contentieux relatif à une demande de suspension d'un arrêté préfectoral fixant, au titre de la législation des installations classées, des prescriptions spéciales à une station-service située à proximité d'une habitation. Il a ainsi jugé que le juge des référés, qui avait estimé que la condition de l'urgence à prononcer la suspension n'était pas remplie, alors qu'il avait constaté, d'une part, que l'exécution de l'arrêté préfectoral entraînait des sujétions très importantes pour la station-service et menaçait sa viabilité économique, et, d'autre part, que les risques d'incendie et d'explosion que l'arrêté visait à prévenir étaient très faibles, avait fondé sa décision sur une appréciation des faits entachée de dénaturation.

La jurisprudence a également fixé les conditions dans lesquelles plusieurs procédures peuvent se combiner. Par une décision du 27 mai 2002 (*Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ SARL Grey diffusion*), la Section du contentieux a précisé les possibilités d'utilisation du référé suspension en matière fiscale. L'article 271 du Code général des impôts prévoit que des crédits de taxe sur la valeur ajoutée dont l'imputation n'a pu être opérée peuvent faire l'objet d'un remboursement. Cependant, l'administration a la possibilité, sur le fondement de l'article 242 OJ de l'annexe II au Code général des impôts, de demander que la personne sollicitant un tel remboursement présente préalablement une caution. La Section du contentieux a jugé que les lettres par lesquelles l'administration propose au contribuable de procéder au remboursement de crédits de taxe sur la valeur ajoutée sous réserve qu'une caution soit présentée, ne constituent pas des actes faisant grief et que les conclusions à fin de suspension ne sont, par suite, pas fondées. Le recours au cautionnement est sans influence sur la détermination des droits à déduction : il a seulement pour objet de faciliter l'exercice de ces droits.

Une décision du 10 juillet 2002 (*SARL Grey Diffusion*), a permis à la Section du contentieux de préciser la mise en œuvre de la procédure de référé provision en matière fiscale. Dans un cas de figure identique à celui de l'affaire *SARL Grey Diffusion* du 27 mai 2002, le contribuable détenait une créance d'impôt sur l'État, sous la forme de crédits de taxe sur la valeur ajoutée. Le Conseil d'État a tout d'abord jugé que les créances d'impôt détenues par un assujéti sur l'administration entraient dans le champ d'application de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative et pouvaient donc faire l'objet d'une demande de référé provision. La Section du contentieux a ensuite précisé les conditions d'utilisation du référé provision. Les règles de procédure fiscale issues du livre des procédures fiscales – articles L. 190, L. 199 et R. * 190-1 – prévoient en effet que le contribuable doit saisir obligatoirement l'administration d'une demande préalable. Afin de concilier ces dispositions avec le fonc-



tionnement du référé provision, la recevabilité d'une demande de référé provision a été subordonnée à la seule condition que l'administration ait été saisie d'une demande préalable : la demande de référé provision est alors recevable, avant même que la décision de l'administration ne soit intervenue.

Enfin, par une décision du 6 novembre 2002 (*S.A. Le Micocoulier*), le Conseil d'État a fait une autre application à la matière fiscale de sa jurisprudence de Section du 12 octobre 2001, *Société Produits Roche*, en admettant la recevabilité de conclusions tendant à la suspension de l'exécution d'un avis de mise en recouvrement alors même que l'administration ne s'est pas encore prononcée sur la réclamation formée par le contribuable contre les impositions litigieuses.

Peuvent enfin être citées plusieurs décisions par lesquelles le Conseil d'État a précisé les conditions subordonnant le prononcé des diverses mesures d'urgence. Ainsi, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, le Conseil d'État a jugé (29 mars 2002, *SCI Stephaur*) que le droit de propriété est une liberté fondamentale au sens de ces dispositions, tout comme le corollaire de ce droit, qu'est celui pour un locataire de disposer librement des biens qu'il a pris à bail. Il a tiré de cette affirmation qu'en s'abstenant de prêter le concours de la force publique à l'exécution d'une ordonnance de l'autorité judiciaire prononçant l'expulsion d'occupants d'un immeuble, le préfet a, compte tenu des fins de nature principalement revendicatives poursuivies par les occupants et en l'absence de troubles graves à l'ordre public susceptibles d'être engendrés par l'exécution de la décision de l'autorité judiciaire, porté une atteinte grave et manifestement illégale à l'exercice de cette liberté.

Par une décision du 15 janvier 2002 (*M. Hadda*), le Conseil d'État a jugé que figurait, de même, au nombre des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative le droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire non seulement la possibilité de demander la qualité de réfugié mais aussi celle de solliciter du ministre de l'Intérieur, en vertu de l'article 13 de la loi du 25 juillet 1952, l'asile territorial. Le refus du préfet d'enregistrer une telle demande d'asile territorial porte ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et une atteinte suffisamment grave et immédiate à la situation du demandeur pour que la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé par le juge des référés d'une mesure sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative soit, sauf circonstances particulières, satisfaite.

La libre administration des collectivités territoriales constitue également une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative dont la méconnaissance n'est pas nécessairement le fait de l'État. Par une décision du 12 juin 2002 (*Commune de Fauillet*), le Conseil d'État a jugé que le conseil communautaire d'une communauté d'agglomération qui délibère sur un certain nombre de mesures engageant immédiatement la communauté alors que l'arrêté préfectoral constituant cette communauté n'a pas encore pris effet, exerce en lieu et place des communes composant la communauté des compétences qui doivent lui être transférées ultérieurement. Ces délibérations portent ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à la libre administration des collectivités locales.

S'agissant de la condition d'urgence, la Section du contentieux a jugé, par une décision du 18 décembre 2002 (*M. Migaud*), que la seule perspective de la multiplication des contestations administratives et contentieuses qui seraient suscitées par l'illégalité de la décision contestée ne suffit pas, en principe, à caractériser devant le juge des référés l'urgence à prendre les mesures conservatoires prévues par l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

Certaines décisions de suspension doivent encore être mentionnées. Saisi de la décision autorisant les travaux d'une section d'autoroute, le Conseil d'État a jugé qu'est propre à créer un doute sérieux sur la légalité de cette décision le moyen tiré de ce que, alors que la déclaration d'utilité publique prévoyait pour cette section des ouvrages d'art ayant certaines caractéristiques, les modifications apportées à ce projet étaient d'une importance telle qu'elles affectaient substantiellement les caractéristiques essentielles de l'opération (3 juillet 2002, *Commune de Beauregard-de-Terrasson*). Dans la mesure où aucune déclaration d'utilité publique partielle, propre à la section ainsi modifiée, n'était intervenue, le Conseil d'État a suspendu la décision attaquée et enjoint à la société d'autoroutes de s'abstenir d'entreprendre les travaux relatifs à la section concernée⁴.

Par une décision du 13 novembre 2002 (*Association alliance pour les droits de la vie*), le Conseil d'État a suspendu, le temps nécessaire pour que le tribunal administratif de Paris, saisi au fond de la légalité de la décision litigieuse, statue, l'exécution d'une décision du ministre de la Recherche, qui autorisait le Centre national de la recherche scientifique à importer deux lignées de cellules souches humaines d'origine embryonnaire et à procéder à des recherches sur ces cellules. Il a d'abord jugé qu'était propre à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision l'argumentation de l'association requérante selon laquelle la décision ministérielle méconnaît l'article L. 2141.8 du Code de la santé publique, issu de la loi du 29 juillet 1994, aux termes duquel « toute expérimentation sur l'embryon est interdite ». Il a ensuite estimé que la condition d'urgence était également remplie eu égard, d'une part, à l'atteinte grave et immédiate aux intérêts défendus par l'association et, d'autre part, à l'intérêt public justifiant l'interdiction par la loi de procéder à des recherches sur l'embryon.

Professions

S'agissant de la profession d'avocat, le Conseil d'État a jugé, par une décision du 5 juin 2002 (*M. Brandeau*), qu'il résultait des dispositions des articles 4 et 6 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques que, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires l'excluant dans les cas particuliers qu'elles déterminent, les avocats ont qualité pour représenter leurs clients devant les administrations publiques sans avoir à justifier du mandat qu'ils sont réputés avoir reçu de ces derniers lorsqu'ils déclarent agir pour leur compte.

4 - Voir rapport d'activité de la Section des travaux publics, observations concernant le projet de loi relatif à la démocratie de proximité.



Responsabilité

Par une décision du 12 avril 2002 (*M. Papon*), l'Assemblée du contentieux, saisie d'une demande présentée par l'ancien secrétaire général de la préfecture de la Gironde tendant à ce que l'État soit condamné, sur le fondement de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, à le garantir et à le relever de la condamnation civile pécuniaire prononcée à son encontre par la cour d'assises de la Gironde, a jugé, en premier lieu, que le comportement de l'intéressé, qui ne pouvait s'expliquer par la seule pression exercée par l'occupant allemand, revêtait, eu égard à la gravité exceptionnelle des faits et de leurs conséquences, un caractère inexcusable et constituait par là même une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions.

En second lieu, l'Assemblée du contentieux a jugé que, si la déportation entre 1942 et 1944 des personnes d'origine juive arrêtées puis internées en Gironde a été organisée à la demande et sous l'autorité des forces d'occupation allemandes, la mise en place du camp d'internement de Mérignac et le pouvoir donné au préfet, dès octobre 1940, d'y interner les ressortissants étrangers « de race juive », l'existence même d'un service des questions juives au sein de la préfecture, chargé notamment d'établir et de tenir à jour un fichier recensant les personnes « de race juive » ou de confession israélite, l'ordre donné aux forces de police de prêter leur concours aux opérations d'arrestation et d'internement des personnes figurant dans ce fichier et aux responsables administratifs d'apporter leur assistance à l'organisation des convois vers Drancy étaient autant d'actes ou agissements de l'administration française qui ne résultaient pas directement d'une contrainte de l'occupant et qui, ayant permis et facilité, indépendamment de l'action du secrétaire général de la préfecture, les opérations qui ont été le prélude à la déportation, constituaient une faute de service engageant la responsabilité de l'État.

Le Conseil d'État a ainsi jugé que la responsabilité de l'État pouvait être engagée à raison des faits ou agissements commis par l'administration française, entre le 16 juin 1940 et le rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental, dans l'application des actes de l'autorité de fait se disant « gouvernement de l'État français » déclarés nuls par l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental. Il revient, ce faisant, sur une jurisprudence d'Assemblée du 4 janvier 1952 (*Époux Giraud*).

Par son avis *M. et Mme D.* du 6 décembre 2002, l'Assemblée du contentieux, interrogée par le tribunal administratif de Paris, s'est prononcée sur les modalités d'entrée en vigueur et sur la compatibilité avec divers engagements internationaux de la France de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins. Cet article a défini un nouveau régime de réparation des préjudices subis par les enfants nés handicapés et par leurs parents. Il met en premier lieu fin aux jurisprudences qui permettaient à l'enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute médicale (jurisprudence judiciaire) et à ses parents (jurisprudence administrative) d'obtenir de l'auteur de la faute réparation des charges particulières découlant de ce handicap. Il subordonne en deuxième lieu la réparation des autres préjudices subis par les parents à l'existence d'une



faute caractérisée et prévoit, en troisième lieu, que la compensation du handicap relèverait désormais de la solidarité nationale.

Le nouveau régime a été regardé comme défini avec une précision suffisante et, en l'absence de dispositions prévoyant une entrée en vigueur différée, comme s'appliquant immédiatement à compter de la publication de la loi. Eu égard aux motifs d'intérêt général pris en compte par le législateur, tenant à des raisons d'ordre éthique, à la bonne organisation du système de santé et au traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées, l'application du nouveau régime, y compris aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée, n'a pas été considérée comme incompatible avec les stipulations du 1 de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des articles 5, 8, 13 et 14 de cette Convention, de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette Convention et des articles 14 et 26 du pacte sur les droits civils et politiques.

Trois affaires intervenues dans des matières différentes peuvent enfin être signalées.

S'agissant du délai de jugement des affaires par la juridiction administrative, l'Assemblée du contentieux a jugé, par une décision du 28 juin 2002 (*Garde des sceaux, ministre de la justice, c/ M. Magiera*), qu'il résulte tant des stipulations des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que des principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives que les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable. Le dépassement du délai raisonnable de jugement, qui est apprécié de manière à la fois globale et concrète, compte tenu notamment de la complexité de l'affaire, du déroulement de la procédure et du comportement des parties, est ainsi susceptible d'engager la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux de la justice administrative.

Dans le prolongement de sa décision du 29 décembre 2000 (*Assurances générales de France*), la Section du contentieux a précisé, par une décision du 13 décembre 2002 (*Compagnie d'assurances les Lloyd's de Londres et autres*), le champ d'application, en matière de violences urbaines, du régime de responsabilité de l'État pour attroupement et rassemblement prévu par l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983 (devenu l'article L. 2216-3 du Code général des collectivités territoriales). Elle a ainsi jugé que devaient être regardées comme le fait d'un attroupement ou d'un rassemblement les destructions auxquelles ont procédé, dans la nuit de la Saint-Sylvestre, une partie d'un groupe de jeunes qui s'étaient massés pendant plusieurs heures devant une discothèque en manifestant leur mécontentement de ne pas avoir été admis à l'intérieur de l'établissement. Statuant sur les intérêts moratoires réclamés dans cette affaire, la Section a, par ailleurs, précisé les modalités selon lesquelles leur capitalisation peut être demandée en application de l'article 1154 du Code civil. Elle a ainsi jugé que si la demande de capitalisation peut être demandée à tout moment devant les juges du fond, elle ne prend effet, au plus tôt, qu'à la date à laquelle elle a été enregistrée et pourvu qu'à cette date, les intérêts soient dus pour une année entière. Abandonnant la position qu'elle avait arrêtée par une décision du 12 novembre 1949 (*Sieur Vecchini*) et mettant ainsi fin à une divergence jurisprudentielle avec la Cour de cassation,



la Section a admis en outre que, si des conclusions sont présentées en ce sens, la capitalisation s'accomplisse à nouveau à l'expiration de chaque échéance annuelle ultérieure, sans qu'il soit besoin de formuler alors de nouvelles demandes.

Enfin, en matière de responsabilité du service public hospitalier du fait des infections nosocomiales, le Conseil d'État a jugé que dès lors que les germes qui sont à l'origine de l'infection étaient déjà présents dans l'organisme du patient avant l'hospitalisation (infection nosocomiale dite endogène), ce dernier n'est pas fondé à soutenir que l'infection dont il a souffert révélerait, par elle-même, une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service (27 septembre 2002, *M^{me} N.*).

Travail

Par une décision du 11 janvier 2002 (*Union nationale des affaires sociales CGT et autres*), le Conseil d'État a apprécié la compatibilité d'un décret relatif à la carrière des inspecteurs du travail avec les stipulations de la convention n° 81 de l'Organisation internationale du travail. L'article 6 de cette convention prévoit que les personnels de l'inspection du travail sont des « fonctionnaires publics dont le statut et les conditions de service leur assurent la stabilité dans leur emploi et les rendent indépendants de tout changement de gouvernement et de toute influence extérieure indue ». Le Conseil d'État a jugé, d'une part, que la limitation de la durée d'occupation des fonctions de directeur régional et départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle et de directeur du travail de l'emploi et de la formation professionnelle des départements d'Outre-mer, prévue par l'article 7 du décret du 1^{er} août 2000, n'est pas, par elle-même, un obstacle à l'indépendance et, d'autre part, que le statut d'emploi défini par ce décret, qui prévoit un déroulement de carrière soumis à des conditions objectives et subordonne, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir le retrait de l'emploi à l'intérêt du service, assure la stabilité des emplois concernés conformément aux exigences des stipulations précitées.

Urbanisme et aménagement du territoire

Par une décision du 22 février 2002 (*Association de riverains pour la gestion et la sauvegarde du bassin hydrographique du Trieux, du Leff et du milieu vivant*), la Section du contentieux a précisé l'étendue et les limites du pouvoir dévolu aux départements s'agissant des « espaces naturels sensibles ». L'institution d'une zone de préemption dans un tel espace, sur le fondement de l'article L. 142-3 du Code de l'urbanisme, doit tendre, à titre principal, à la mise en œuvre d'actions de préservation de la qualité de sites, paysages et milieux naturels. La Section a ainsi censuré, sur le terrain de l'inexacte application de la loi, un conseil général qui avait institué une zone de préemption justifiée, pour l'essentiel, non par la volonté de préserver la qualité du site, mais par le souci de permettre la promenade et la pêche le long d'un cours d'eau non domanial.



Bureau d'aide juridictionnelle

En 2002, le nombre des demandes d'aide juridictionnelle a légèrement augmenté par rapport à l'année précédente : 2 854 affaires entrées en 2002 contre 2 729 en 2001. Cette progression est due d'abord à l'augmentation des demandes en matière de référé, qui passent de 257 en 2001 à 347 en 2002 et, dans une moindre mesure, des demandes concernant les affaires de reconduite à la frontière : 563 en 2002 contre 508 en 2001. En revanche, on constate une très légère diminution du nombre des demandes portant sur les décisions de la commission des recours des réfugiés qui s'établissent à 1 029 en 2002 alors qu'elles étaient de 1 059 en 2001.

Le manque de rapporteurs a conduit le bureau à réduire le nombre de ses séances : il n'a tenu que 21 séances en 2002, au cours desquelles 1 284 affaires ont été réglées, alors qu'il en avait tenu 26 en 2001. En revanche, les présidents ont réglé par ordonnance 1 621 affaires (dont 291 en matière de référé) contre 1 511 l'année précédente. Au total, le nombre des affaires réglées s'élève à 2905, en légère diminution par rapport à 2001 où 3 136 demandes avaient été traitées.

Par rapport aux affaires traitées le pourcentage d'admission à l'aide juridictionnelle s'établit à 14,2 %, taux en diminution par rapport à 2001 (18,2 %) et 2000 (18,8 %).

Enfin, l'effort de résorption du stock s'est poursuivi en 2002 puisque le nombre des affaires en instance n'est plus que de 615 au 31 décembre 2002 alors qu'il était de 676 au 31 décembre 2001 et de 1 083 au 31 décembre 2000.



Statistiques

Tableau 1

Évolution de l'activité du bureau d'aide juridictionnelle

	2000	2001	2002
Affaires enregistrées	2 685	2 729	2 854
Affaires réglées	2 268	3 136	2 905
Admissions	426	570	413
Rejets	1 842	2 566	2 492

Tableau 2

Répartition des dossiers par nature de contentieux

	Aff. enregistrées	Aff. réglées	Admissions	Rejets
Asile politique	1 029	1 077	15	1 062
Reconduite à la frontière	563	511	150	361
CSCP	135	128	39	89
CAA	608	592	66	526
TA	0	0	0	0
Divers	169	229	65	164
Tribunal des conflits	3	-	-	-
Référés	347	368	78	290
Total	2 854	2 905	413	2 492



Activité consultative



Assemblée générale

L'Assemblée générale, présidée par le Vice-Président du Conseil d'État, examine tous les projets de loi et d'ordonnance ainsi que les affaires – projets de décrets ou demandes d'avis – dont l'importance le requiert. L'analyse de l'ensemble de ces projets à l'exclusion de ceux dont il est rendu compte ci-dessous est présentée dans le compte-rendu d'activité des Sections administratives.

En 2002, l'Assemblée générale a tenu 37 séances, dont 17 séances plénières, soit à peu près autant qu'en 2001 (39 séances dont 13 séances plénières) et 2000 (41 séances dont 13 séances plénières).

Elle a examiné 89 projets de loi, dont 53 ayant pour objet l'autorisation de la ratification de conventions internationales, accords ou traités, et 12 projets d'ordonnance. Elle a aussi délibéré sur le contenu du rapport annuel du Conseil d'État, sur une étude présentée par la Section du rapport et des études ainsi que sur 4 demandes d'avis présentées par le Gouvernement. Ces statistiques s'inscrivent dans la continuité de celles des années précédentes.

Il convient d'attirer l'attention, parmi les affaires dont le Conseil d'État a eu à connaître en 2002, sur deux projets de loi constitutionnelle.

Le premier, relatif à la décentralisation, revêtait une importance particulière pour l'organisation politique et administrative de notre pays et était d'une ampleur inhabituelle quant au nombre des articles concernés.

Le Conseil d'État a émis des réserves sur l'inscription à l'article 1^{er} de la Constitution du principe selon lequel l'organisation de la République est décentralisée. Il lui est apparu, d'une part, qu'en tant que processus d'évolution de l'organisation administrative d'un État, la décentralisation trouve difficilement sa place dès le premier article de la Constitution et, d'autre part, qu'en tant que principe de libre administration des collectivités locales, elle figure déjà aux articles 34 et 72. Il lui a semblé en outre que si l'on entend opposer État unitaire décentralisé à État fédéral, le silence du texte constitutionnel convient sans doute mieux à la situation actuelle de certaines collectivités d'outre-mer dont les prérogatives vont au-delà de celles d'une collectivité décentralisée.

Le Conseil d'État a relevé aussi des insuffisances du projet qui lui était soumis. Ainsi a-t-il considéré que le deuxième alinéa du nouvel article 72, tendant à donner une forme normative au principe de subsidiarité, serait susceptible d'ouvrir la porte à un contentieux abondant et aux résultats imprévisibles, tant il paraît difficile d'apprécier quelles sont les compétences qui



peuvent « le mieux » être exercées au niveau de telle ou telle collectivité. De même ne lui est-il pas apparu que l'état présent de la fiscalité locale permettrait d'assurer le respect du troisième alinéa du nouvel article 72-2 qui se proposait de fixer un seuil qualifié de « déterminant » au-dessous duquel ne pourraient descendre les ressources des collectivités territoriales provenant de recettes fiscales, de ressources propres et de dotations d'autres collectivités territoriales. Le Conseil d'État a aussi relevé que l'article relatif à la priorité d'examen par le Sénat des textes ayant pour principal objet la libre administration des collectivités territoriales, leurs compétences ou leurs ressources risquait de compliquer le fonctionnement de nos institutions dans la mesure où il semble malaisé de définir de façon simple, tant le critère du « principal objet » peut donner matière à discussion, quels sont les textes qui seraient justiciables d'une telle priorité dont le respect serait sanctionné par le juge constitutionnel. Des modifications ont été suggérées afin de donner un contenu plus précis à l'article relatif à l'expérimentation législative ou réglementaire. La généralisation du référendum à tous les actes relevant de la compétence des collectivités territoriales, que se proposait d'introduire le deuxième alinéa du nouvel article 72-1, a été écartée. Ayant noté qu'au plan national l'introduction en 1958, du référendum en matière législative s'était accompagnée de nombreuses restrictions quant à la procédure permettant d'y recourir et aux matières qui pouvaient en faire l'objet, le Conseil d'État a renvoyé à une loi organique le soin de préciser les conditions et réserves auxquelles serait soumise l'organisation de référendums locaux. Il a, en outre, jugé nécessaire de préciser que les autorités de l'État auraient la responsabilité d'organiser ces votations au niveau des régions et des départements afin de prévenir le risque d'un refus des autorités des collectivités de base d'apporter leur concours.

Plusieurs dispositions concernant l'outre-mer ont, enfin, fait elles aussi l'objet de réserves. La classification des collectivités territoriales d'outre-mer annoncée par le nouvel article 72-3 a paru inutile. D'une part, elle a semblé ne pas tenir compte des particularismes actuels de certaines collectivités, Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte, qui ont un statut intermédiaire entre les deux modèles dont il est affirmé qu'ils s'excluent l'un l'autre. D'autre part, cette dernière assertion est également contredite pour l'avenir, dans la mesure où l'article 73 prévoit de multiples possibilités d'adaptations et de dérogations au principe d'assimilation législative qui en est pourtant la caractéristique, et où l'article 74 prévoit lui-même de nombreuses variantes. En outre, deux dispositions des nouveaux articles 72-3 et 73 subordonnant au consentement des électeurs de la collectivité intéressée, respectivement, l'adoption de la loi organique consacrant le passage d'une collectivité d'un statut à l'autre et l'adoption d'une loi portant création d'une collectivité à statut particulier ou l'institution d'une assemblée délibérante commune à deux collectivités, ont paru au Conseil incompatibles avec l'article 3 de la Constitution. Il a proposé de remplacer, dans les deux cas, le consentement par un simple avis. Les alinéas 3 et 4 du nouvel article 73, outre qu'ils ont paru porter une atteinte excessive au principe d'assimilation législative pourtant réaffirmé, ont été regardés comme faisant double emploi avec les possibilités générales d'expérimentation prévues par l'article 72 et les facultés d'adaptation ouvertes au premier alinéa. Au nouvel article 74, le Conseil d'État n'a pas jugé utile de figer dans la Constitution la liste des matières pour lesquelles les transferts de compétence sont exclus car, même si cette liste paraît correspondre à celle des



fonctions dites « régaliennes », rien ne permet d'exclure que des ajustements puissent lui être apportés, comme ils l'ont été dans un passé récent pour les projets de statut de certaines collectivités. Enfin l'atteinte au principe d'égalité devant l'accès aux professions résultant du dixième alinéa de ce nouvel article 74 n'a pas paru au Conseil d'État suffisamment justifiée.

Le second projet de loi constitutionnelle examiné par le Conseil d'État était présenté en vue de permettre la transposition de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres. Le Conseil avait conclu, dans un avis, à la nécessité de modifier la Constitution préalablement à la transposition de la décision-cadre afin d'assurer le respect du principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « l'État doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour des infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique ». Le projet de loi constitutionnelle soumis au Conseil d'État entendait, au-delà de la transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002, autoriser toute norme future relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires dans l'Union européenne. Le Conseil d'État a souhaité que, si des limitations de souveraineté ou transferts de compétences, ou des atteintes aux droits et libertés constitutionnellement garantis s'avéraient nécessaires, les autorités nationales compétentes et, en définitive, le pouvoir constituant, conservent leur pouvoir d'appréciation. Il a donc modifié le projet de loi afin d'en limiter la portée au mandat d'arrêt européen.

Dans un tout autre domaine, celui de l'examen de projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales, le Conseil d'État est confronté à la délicate question de la nécessaire conciliation des engagements internationaux de la France, de ceux pris au niveau communautaire et du droit interne national (y compris constitutionnel). En effet, il peut d'abord s'avérer difficile de déterminer si les stipulations d'un traité – international ou d'origine communautaire – que le Gouvernement se propose d'approuver sont d'ores et déjà compatibles avec le droit interne existant ou si de nouvelles dispositions de nature à assurer cette compatibilité s'avéreront nécessaires et possibles. Le cas de figure le plus délicat est celui dans lequel nos engagements européens appellent une révision constitutionnelle avant ratification : ce fut le cas pour les traités de Maastricht et d'Amsterdam.

En outre, et de façon récurrente, l'on peut constater qu'en certaines matières, les trois niveaux de norme – interne, communautaire et international – se superposent sans que le contenu des normes applicables coïncide, ce qui implique la détermination de celles qui doivent prévaloir. La question de la combinaison entre les textes de droit communautaire et nos autres engagements internationaux, en particulier, n'est pas toujours aisée à résoudre. Les règles coutumières qui trouvent à s'appliquer en droit international pour le règlement des conflits de conventions et la jurisprudence en la matière ne tranchent pas toutes les questions de compatibilité entre elles de plusieurs conventions. Si ces difficultés proviennent en partie d'une insuffisance d'analyse, en amont, des conséquences d'engagements pris dans des enceintes multilatérales sur notre droit interne et nos engagements européens, elles sont également inévitables s'agissant d'accords multilatéraux pour la négociation desquels la Communauté ou ses États membres ne disposent pas toujours d'un poids suffisant pour faire prévaloir leurs vues.



Parfois, les dispositions d'une convention s'inspirent de projets de directive ou règlement communautaires en cours d'élaboration, qui supposent eux-mêmes une modification de notre législation interne : c'est l'exemple, pour ce qui concerne son volet « information du public », de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998, dite convention d'Aarhus. Enfin, la multiplication des conventions multilatérales peut comporter le risque de figer l'évolution de notre droit interne. Tel est notamment le cas de celles, nombreuses, conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe qui façonnent notre droit interne sur de multiples sujets.

Aussi bien le Conseil d'État n'a-t-il pu donner un avis favorable au projet de loi autorisant l'adhésion de la France à la convention de Vienne sur le droit des traités. Il a noté, en premier lieu, que les normes impératives du droit international général au sens de l'article 53 de la convention (*jus cogens*), qui s'imposent à l'État adhérent à la convention, ne sauraient être confondues avec les « règles du droit international » auxquelles, en vertu du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « la République française, fidèle à ses traditions, entend se conformer ». Ces normes diffèrent des règles du droit public international tant par leur mode d'élaboration que par leur caractère impératif, qui entraîne la nullité de tout traité entrant en conflit avec l'une d'entre elles, que cette norme existe à la date de la conclusion du traité ou qu'elle survienne, ainsi que l'article 64 de la convention le stipule, postérieurement à cette conclusion. Le Conseil d'État a relevé, en second lieu, que les incertitudes qui s'attachent à la notion de *jus cogens*, en raison de son caractère évolutif, et qui ont justifié le refus antérieur de la France de ratifier la convention, demeuraient pour l'essentiel. Il ne peut être exclu, en particulier, que survienne dans l'avenir une norme à laquelle sera reconnu le caractère de « norme impérative du droit international général » au sens de l'article 53 de la convention et qui, par son contenu, sera contraire à la Constitution. Cette éventualité fait obstacle à l'adhésion de la France à la convention de Vienne sur le droit des traités. L'introduction dans l'ordre constitutionnel français d'autres stipulations de la convention exigerait au reste de surmonter d'autres difficultés sérieuses.



Section de l'intérieur

Au cours de l'année 2002, la Section de l'intérieur a examiné 15 projets de loi, dont deux projets de loi constitutionnelle, et quatre ordonnances (contre 28 en 2000 mais seulement 11 en 2001), et 180 projets de décret réglementaire. Cette abondance de textes témoigne de l'activité de la Section. Elle est certes en contradiction avec le souhait maintes fois réitéré du Conseil d'État de voir mieux contenue l'élaboration de textes nouveaux, mais trouve sans doute son origine dans le changement de législature intervenu au cours de l'année.

Le nombre de décrets individuels, arrêtés ou décisions examinés en 2002 a en revanche fortement décliné (179 au lieu de 241). La Section a également répondu à 14 demandes d'avis (contre 7 en 2001 mais 20 en 2000), dont 6 relatives à l'outre-mer. Le total des affaires traitées par la Section de l'intérieur s'est ainsi élevé à 392 contre 394 en 2001 et 429 en 2000, évolution largement due à l'importante diminution des projets de décret et d'arrêté individuels.

Principaux projets examinés

La Section de l'intérieur, qui avait connu une sorte de répit en 2001, après sept projets de loi constitutionnelle présentés au cours des trois années précédentes, a examiné en 2002 deux projets de révision de la Constitution, le premier, relatif à la décentralisation, le second, faisant suite à un avis destiné à permettre la transposition de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne relative au mandat d'arrêt européen.

D'autres textes, d'une importance politique ou d'un intérêt juridique particulier, doivent être signalés, tels le projet de loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité intérieure et le projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice, suivi du projet de loi organique relatif au juge de proximité, le projet modifiant la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers et le projet de loi pour la sécurité intérieure. On peut également citer le projet de loi portant amnistie ou, dans un domaine tout différent, le projet relatif à la rémunération pour le prêt en bibliothèque. Parmi les demandes d'avis, il convient de signaler celle déjà mentionnée concernant le mandat d'arrêt européen et une demande d'interprétation de l'article 40 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, limitant l'influence étrangère dans les sociétés titulaires d'une autorisation relative à



un service de communication audiovisuelle ainsi qu'une demande sur les conditions de délivrance des autorisations pour la chaîne supplémentaire régie par le troisième alinéa du III de l'article 30-1 ajouté à la loi du 30 septembre 1986 par la loi du 1^{er} août 2000. La Section a également été amenée à préciser le champ de l'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications. Comme les années précédentes, plusieurs demandes d'avis ont porté sur la délimitation, dans des domaines très variés, des compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales, en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française.

Parmi les projets de décret examinés par la Section, on citera le décret organisant les procédures administratives et financières pris pour l'application de la loi du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive, celui relatif à l'exercice du pouvoir de sanction du directeur général du Centre national de la cinématographie, un décret modifiant le régime des matériels de guerre, armes et munitions et un projet de décret intéressant le ministère de l'Intérieur, relatif à certains délais de prise de décision, en application de la loi du 12 avril 2000. Enfin, plusieurs décrets ont fixé ou modifié les statuts d'établissements publics : Centre national de documentation pédagogique et centres régionaux, Centre national des arts plastiques, Centre national de la chanson, des variétés et du jazz créé par la loi du 5 janvier 2002, établissements publics de coopération culturelle, créés par une autre loi promulguée le même jour.

Au cours de l'année 2002, la Section a également pris position sur des projets touchant aux libertés publiques et au droit pénal ; elle a tranché à plusieurs reprises des questions relatives à la délimitation des compétences, au titre des articles 34, 37 et 38 de la Constitution et à la mise en œuvre de procédures consultatives. Elle a été amenée à rappeler les règles régissant l'organisation et le fonctionnement des établissements publics et a précisé certains points de sa jurisprudence relative aux établissements d'utilité publique.

Principes constitutionnels

Le Conseil d'État a été saisi, en 2002, de deux projets de loi constitutionnelle dont le premier, relatif à la décentralisation, revêtait une importance particulière pour l'organisation politique et administrative de notre pays et était d'une ampleur inhabituelle quant au nombre des articles concernés. Le Conseil d'État a été conduit à disjoindre totalement ou partiellement plusieurs articles du projet de loi et à proposer, pour un certain nombre d'autres, des modifications importantes. Les principales observations sur ce texte figurent dans le chapitre « Assemblée générale » du présent rapport.

Le second projet de loi constitutionnelle examiné par le Conseil d'État était consécutif à un avis portant sur la question de savoir si la transposition de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, exigeait une révision constitutionnelle préalable.

Dans sa réponse à la demande d'avis, le Conseil a constaté que le respect de la souveraineté nationale ne faisait pas obstacle à ce que, sur le fondement des



dispositions du Préambule de la Constitution de 1946, puisse être transposée en droit interne, par voie législative, une décision-cadre, prise sur le fondement de l'article 34 du traité sur l'Union européenne, qui a pour conséquence d'établir « un système de libre circulation des décisions judiciaires en matière pénale ». En revanche, une modification de la Constitution s'impose dès lors qu'une décision-cadre comporte des dispositions contraires à des principes de valeur constitutionnelle, met en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

La transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002 n'a pas paru soulever de difficulté à cet égard sinon en ce qui concerne un principe fondamental reconnu par les lois de la République, rappelé par le Conseil d'État dans son avis du 9 novembre 1995, selon lequel « l'État doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour des infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique ». L'interprétation susceptible d'être donnée de la décision-cadre envisagée, en l'absence de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes consacrant sur ce point un principe général de l'ordre juridique communautaire a conduit le Conseil d'État à conclure à la nécessité d'une modification de la Constitution préalablement à la transposition de la décision-cadre.

Le second projet de loi constitutionnelle soumis au Conseil d'État entendait, au-delà de la transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002, autoriser toute norme future relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires dans l'Union européenne. Le Conseil d'État a souhaité que, si des limitations de souveraineté ou transferts de compétences, ou des atteintes aux droits et libertés constitutionnellement garantis s'avéraient nécessaires, les autorités nationales compétentes et, en définitive, le pouvoir constituant, conservent leur pouvoir d'appréciation. Il a donc modifié le projet de loi, afin d'en limiter la portée au mandat d'arrêt européen.

Libertés publiques et droit pénal

En matière pénale, le Conseil d'État a été saisi, après l'élection présidentielle, d'un projet de loi d'amnistie. Il a admis que n'était pas contraire au principe d'égalité devant la loi l'exclusion du bénéfice de l'amnistie des faits susceptibles de donner lieu à des sanctions prononcées par la Commission bancaire ou d'autres organismes du même type intervenant dans le domaine financier ou dans celui des assurances. Le Conseil a également rappelé qu'une loi d'amnistie n'est pas, par nature, un texte s'appliquant de plein droit à l'ensemble du territoire de la République. Son extension aux territoires d'outre-mer ou à des collectivités d'outre-mer à statut particulier requiert donc, pour chacune d'elles, l'avis de l'organe délibérant compétent.

Saisi d'un projet de loi modifiant la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition, le Conseil s'est fondé sur le principe de territorialité de la loi pénale pour disjoindre des dispositions visant à permettre de façon indifférenciée aux juridictions françaises de connaître de crimes et de délits commis hors de France



par un étranger dont l'extradition aurait été demandée par les autorités du pays où les faits ont été commis et qui n'aurait pas été remis à ces autorités. À propos de ce même texte, le Conseil a relevé que les dispositions de l'article 66 de la Constitution relatives à la liberté individuelle impliquent que l'incarcération de la personne réclamée dans le cadre d'une demande d'extradition émanant d'un État étranger ne puisse être décidée que dans le respect des garanties tant de fond que de procédure qu'il incombe au législateur d'édicter. À cet égard, la loi ne peut se borner à prescrire que « le procureur de la République ordonne l'incarcération » de l'intéressé. Le Conseil d'État a estimé que le procureur de la République devait apprécier dans chaque cas si la personne réclamée présente ou non des garanties suffisantes pour assurer sa représentation tout ou long de la procédure d'extradition.

Examinant un projet de décret énumérant les infractions aux dispositions réglementaires relatives à l'harmonisation des transports, constitutives d'une contravention, la Section de l'intérieur a été amenée à rappeler l'obligation de valeur constitutionnelle qui incombe au pouvoir réglementaire de définir les infractions pénales en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire.

Lors de l'examen du projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice, le Conseil d'État a disjoint, pour des motifs d'ordre constitutionnel, deux dispositions : en premier lieu, lui est apparu contraire au principe de personnalité des peines de prévoir à titre de sanction qu'une personne qui s'est constituée partie civile puisse, même en cas de mauvaise foi, être condamnée à faire publier dans des organes de presse à ses frais la décision lui infligeant une amende civile, en raison des commentaires dont son action en justice avait pu faire l'objet dans des publications de presse ou des services de communication audiovisuelle sans qu'il soit établi que cette partie civile leur avait communiqué des éléments d'informations dans l'intention de nuire. En second lieu, l'institution d'une procédure simplifiée en matière de délit ne saurait conduire, sans que se trouve méconnu le principe des droits de la défense, à ce que le prévenu puisse être condamné « sans débat préalable » et à ce que le juge puisse en pareil cas être dispensé de motiver sa décision.

À propos de ce même texte, le Conseil a considéré que la « juridiction de proximité », ne pouvait, en matière pénale, avoir compétence qu'à l'égard d'infractions constitutives de contraventions.

Saisi du projet de loi pour la sécurité intérieure, le Conseil a rappelé que s'il était loisible au législateur d'apporter aux droits et libertés de valeur constitutionnelle des limitations accrues liées à des circonstances particulières, ces restrictions ne devaient pas être maintenues au-delà de ce qu'exigent ces circonstances. Alors que le projet de loi entendait pérenniser dans son intégralité le chapitre V « renforçant la lutte contre le terrorisme », de la loi du 15 novembre 2001 applicable jusqu'au 31 décembre 2003, le Conseil a estimé qu'il convenait de se limiter à reporter sa validité jusqu'au 31 décembre 2005. Il a cependant accepté la reprise, sans limitation de durée, des dispositions du chapitre V concernant la fouille des véhicules et les palpations de sécurité. Sur ces deux points, le Conseil n'a pas soulevé d'objections d'ordre constitutionnel à l'introduction dans le Code de procédure pénale de dispositions prévoyant la visite des véhicules sous le contrôle des officiers de police judiciaire, dispositions dont la mise en œuvre est entourée de garanties dont le Conseil a d'ailleurs accru la portée. Il a procédé de même en ce qui concerne



les palpations de sécurité auxquelles les personnes exerçant une activité de gardiennage et de sécurité peuvent procéder, avec le consentement exprès des intéressés, dans des circonstances particulières liées à l'existence de menaces graves pour la sécurité publique, ou pour contrôler l'accès aux enceintes accueillant des manifestations sportives rassemblant plus de 1 000 personnes.

En matière de sanctions administratives, la Section de l'intérieur, saisie d'un projet de décret relatif au pouvoir de sanction du directeur général du Centre national de la cinématographie a complété le projet sur plusieurs points. Elle a imposé aux agents du Centre habilités à rechercher et constater les infractions passibles de sanctions d'être commissionnés et de prêter serment devant le tribunal administratif, défini l'étendue de leurs pouvoirs d'investigation, assuré le respect des droits de la défense à tous les stades de la procédure, déterminé la composition de la commission chargée de proposer au directeur général du Centre le prononcé d'une des sanctions prévues par le Code de l'industrie cinématographique et obligé cette commission à motiver ses propositions. Elle a enfin ouvert aux personnes sanctionnées un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État.

Toujours en matière de sanction administrative, ayant admis que le titulaire d'une autorisation d'une arme de quatrième catégorie qui tarde, sans motif légitime, à saisir l'administration d'une demande de renouvellement puisse se voir opposer un refus, la Section a estimé que l'interdiction faite à l'intéressé de présenter, pendant trois ans, une demande d'autorisation pour une autre arme, constituerait une sanction manifestement disproportionnée.

Problèmes de compétence

Compétence législative

À l'occasion de l'examen du projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice, le Conseil d'État a considéré que les missions qui leur sont confiées étant analogues à celles confiées à un magistrat au sein d'un tribunal d'instance, les futurs « juges de proximité » devaient être soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats, sous réserve des dispositions spécifiques qu'impose le caractère temporaire de leurs fonctions. Le Conseil en a déduit que l'article 64 de la Constitution en vertu duquel « une loi organique porte statut des magistrats » rapproché de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, imposaient que les dispositions relatives à la nomination, à l'entrée en fonctions, aux conditions d'exercice des fonctions et à la discipline des nouveaux juges soient édictées par une loi organique. Ultérieurement saisi d'un tel projet, le Conseil a estimé que le souci du bon fonctionnement de la nouvelle juridiction devait conduire à limiter à une durée de six ans non renouvelable leur maintien en fonction. Faisant application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle les fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière mais qui sont exercées, à titre temporaire, par des personnes qui n'entendent pas embrasser la carrière judiciaire, ne peuvent revêtir qu'un caractère limité,



le Conseil d'État a précisé que les juges de paix ne pourront exercer qu'une part limitée des fonctions incombant aux magistrats des juridictions judiciaires de première instance.

Veillant à l'application de l'ordonnance du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances, le Conseil a écarté les dispositions d'un projet de loi relatif à la sécurité civile étendant le domaine d'intervention d'un compte de commerce existant, dès lors qu'en vertu de l'article 23 de l'ordonnance, la création d'un compte de commerce relève du domaine exclusif de la loi de finances. En revanche, a été admise l'institution d'une charge nouvelle pour l'État par le projet de loi relatif au prêt en bibliothèque, dès lors qu'avant l'entrée en vigueur de la loi, prévue le 1^{er} janvier 2003, un texte ayant valeur de loi de finances devrait décider l'ouverture de crédits destinés à faire face aux charges découlant de l'application du projet de loi.

Le Conseil d'État est fréquemment conduit à émettre des réserves sur l'inclusion, dans les projets de loi qui lui sont soumis, de dispositions dépourvues de tout caractère normatif. Il l'a fait à propos des rapports annexés aux projets de loi d'orientation et de programmation relatifs à la sécurité intérieure et à la justice, ultérieurement suivi sur ce point par le Conseil constitutionnel.

À deux reprises, la Section de l'intérieur a déploré, à l'occasion de l'examen de décrets d'application de la loi relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives modifiée par la loi du 6 juillet 2000 d'une part, et de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques d'autre part, que ces deux lois avaient pour effet, par des rédactions malencontreuses ou, pour la seconde, par l'omission de dispositions relatives à l'outre-mer, de remettre en cause des codifications. La Section a souhaité appeler l'attention du Gouvernement sur la nécessité de ne pas laisser se créer à nouveau des situations compromettant l'effort d'harmonisation et de codification, et de remédier rapidement aux errements constatés.

Compétence au titre de l'article 38 de la Constitution

Dans le cadre de l'examen de projets d'ordonnance pris sur le fondement de l'article 67 de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, le Conseil d'État a précisé l'étendue des pouvoirs ainsi conférés au Gouvernement. Il a estimé que si, dans son 1^o) cet article l'habilitait à prendre les mesures législatives nécessaires à l'actualisation et à l'adaptation du droit applicable à Mayotte pour ce qui est des dispositions de droit civil, la portée de cette habilitation devait être mise en œuvre compte tenu des exceptions apportées au principe de spécialité législative, à l'égard des textes qui, en raison de leur objet sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire national. Tel est le cas des dispositions définissant le statut civil de droit commun qui, eu égard à l'article 75 de la Constitution et au troisième alinéa de l'article 3 du Code civil, s'appliquent à tous les citoyens où qu'ils soient domiciliés.

Par ailleurs, s'agissant de l'habilitation découlant du 3^o) de l'article 67 de la loi, en ce qui concerne la « modernisation du régime communal » applicable à Mayotte, le Conseil a relevé que le Gouvernement ne se trouvait pas autorisé à valider rétroactivement des délibérations de conseils municipaux.



Compétence réglementaire

Le Conseil d'État a été conduit à disjoindre, en application des règles traditionnelles de partage des compétences, des dispositions incluses dans des projets de loi et ressortissant de la compétence du pouvoir réglementaire. Ainsi en est-il de la création de l'école nationale supérieure des officiers de sapeurs-pompiers par le projet de loi relatif à la modernisation de la sécurité civile, alors que cette école, comparable à de nombreux établissements publics de formation de fonctionnaires, placés comme elle sous la tutelle de l'État, ne pouvait être regardée comme constituant une nouvelle catégorie d'établissements publics dont les règles constitutives relèveraient du législateur.

Le Conseil d'État a également rappelé que la création du Haut conseil de la sécurité civile, doté d'attributions exclusivement consultatives ne ressortissait pas à la compétence du législateur. Il en est de même de la création d'instances extérieures à un service et chargées d'évaluer les résultats obtenus par ces services, qui était prévue par les projets de loi d'orientation et de programmation pour la justice et pour la sécurité intérieure.

Compétence consultative

Plusieurs décrets portant organisation de services ministériels ou d'établissements publics ont été présentés au Conseil d'État sans avoir été préalablement soumis aux comités techniques paritaires compétents. La Section a ainsi relevé que la consultation du comité technique paritaire ministériel du ministère de la Jeunesse et des Sports institué par un arrêté du 19 juillet 1991, sur un projet de décret relatif à l'organisation administrative et financière des centres d'éducation populaire et de sport, lesquels ont le caractère d'établissements publics administratifs, ne saurait légalement être substituée à celle des différents comités techniques paritaires compétents pour chacun des centres. De même, s'agissant de la réforme du Centre national des arts plastiques, la Section a constaté qu'aucune disposition du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires, non plus qu'aucune disposition prise par décret en Conseil d'État, ne donne compétence pour émettre un avis sur les problèmes généraux d'organisation du Centre national des arts plastiques ou sur les conditions générales de son fonctionnement, ni au comité technique paritaire du ministère de la Culture, ni au comité technique paritaire de la délégation aux arts plastiques, ni à celui des écoles nationales d'art, en lieu et place du comité technique paritaire propre au Centre national des arts plastiques.

D'une manière générale, la Section de l'intérieur veille à ce que les compétences consultatives reconnues à tel ou tel organisme dans le cadre des différentes législations soient scrupuleusement respectées. Ainsi a-t-elle rappelé qu'un projet de décret relatif au délai au terme duquel, en cas de silence gardé par l'administration, naît une décision de rejet d'une demande de création d'un cimetière ou d'un crématorium, devait être soumis au Conseil national des opérations funéraires, qui, selon l'article L. 1241-1 du Code général des collectivités territoriales, doit être « consulté sur les projets de textes relatifs à la législation et à la réglementation funéraire ». De même, le Conseil national des activités physiques et sportives devant, en application de l'article 33 de la



loi du 16 juillet 1984 modifiée, être consulté « sur les projets de loi et de décret relatifs aux activités physiques et sportives », un projet de décret qui a pour objet de restreindre la détention d'armes par les licenciés d'une fédération sportive habilitée, et qui vise ainsi de façon spécifique la pratique du tir sportif, doit être soumis à l'avis du Conseil. À l'occasion de l'examen du projet de loi pour la sécurité intérieure, le Conseil d'État a été conduit à disjoindre du projet les dispositions procédant à son adaptation à diverses collectivités d'outre-mer, faute pour le Gouvernement d'avoir recueilli leur avis, exigé par l'article 74 de la Constitution ou par diverses dispositions législatives. En revanche, l'article 74 n'impose pas une telle consultation préalable à l'édition d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution qui, aussi longtemps qu'elle n'a pas été ratifiée, est un acte réglementaire. Le projet de loi de ratification d'une ordonnance n'a pas non plus à être soumis aux assemblées territoriales dès lors qu'il ne saurait être regardé, du fait de l'intervention antérieure de l'ordonnance, comme introduisant, supprimant ou modifiant des dispositions spécifiques au territoire concerné.

Compétences respectives de l'État et des collectivités d'outre-mer

La Section de l'intérieur a été consultée à plusieurs reprises sur le partage des compétences entre l'État et la Polynésie française. Elle a ainsi estimé que le dépistage et la recherche de substances classées comme stupéfiants à l'occasion des accidents de la route, tel que défini à l'article L. 235-1 du Code de la route, relevait de la procédure pénale, donc de la compétence de l'État, observation étant faite que cet article et le dispositif qu'il instaure n'ayant pas été étendu à la Polynésie française, n'y était pas applicable.

La Section a également estimé que l'obligation d'assurance destinée à couvrir la responsabilité décennale des constructeurs étant régie par le droit civil, son instauration relève, en application de l'article 6-7° de la loi organique du 12 avril 1996, de la compétence de l'État. L'article 6-3° de la même loi donnant compétence à l'État en matière de « réglementation des fréquences radioélectriques », et la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, applicable en Polynésie française, affirmant l'appartenance des fréquences radioélectriques au domaine public de l'État, la Section, tout en relevant la compétence générale de la Polynésie française en matière de télécommunications, a estimé que l'État était compétent pour fixer le montant des redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques.

Enfin, saisie d'un projet de décret relatif aux conditions de cessation d'activité de certains maîtres et documentalistes contractuels des établissements d'enseignement privé sous contrat de Polynésie, la Section en a disjoint les dispositions concernant le régime des pensions de vieillesse de ces personnels, l'institution d'un tel régime relevant de la compétence de droit commun du territoire découlant de l'article 5 de la loi organique.

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie, la Section a estimé qu'en application de l'article 206 de la loi organique du 19 mars 1999, elle ne pouvait être saisie d'une demande d'avis que par le Président du gouvernement, le Président du congrès, le Président du sénat coutumier ou le Président d'une assemblée de



province et qu'ainsi, une demande présentée par le délégué du gouvernement était irrecevable.

Saisie d'une demande d'avis relative à l'exercice des tutelles vacantes de mineurs, la Section a d'abord constaté qu'en application des dispositions des articles 1^{er} et 3 de la loi du 9 juillet 1970 rendant applicables de plein droit les lois postérieures relatives à l'état et à la capacité des personnes, l'article 433 du Code civil, dans sa rédaction résultant de la loi du 10 juillet 1989, était applicable en Nouvelle-Calédonie. Elle a ensuite estimé que cette matière relevait de la protection sociale et entraînait donc dans les compétences de la Nouvelle-Calédonie, en application de l'article 22-4° de la loi organique ; l'article 47 de la même loi permet au congrès de la Nouvelle-Calédonie, sur la demande d'une province, de lui donner compétence pour adapter et appliquer la réglementation en matière de tutelles vacantes.

La Section a également estimé que l'agrément des sociétés exerçant des opérations d'assurances ne relevait ni du droit civil ni du droit commercial, ce qui aurait entraîné la compétence de l'État, mais du droit des assurances que l'article 22 (16°) de la loi organique du 19 mars 1999 a placé dans le champ de compétences de la Nouvelle-Calédonie. L'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie conduit également à considérer que, dans le cadre de la procédure d'agrément, la compétence du Président du gouvernement s'est substituée à celle du ministre de l'Économie et des Finances ou du chef du territoire.

Établissements d'utilité publique

La Section de l'Intérieur a enfin été conduite, au fil des dossiers qui lui étaient soumis, à préciser et approfondir sa jurisprudence en matière d'associations reconnues d'utilité publique et de fondations.

Sur le plan procédural, constatant des délais parfois excessifs entre l'adoption de modifications statutaires par l'assemblée générale d'une association et sa saisine, la Section a estimé que l'absence d'opposition d'un ministère exerçant une tutelle technique sur les associations devait être considérée par le ministère de l'Intérieur comme acquise, en l'absence de réponse dans un délai raisonnable. La Section se réserve cependant la possibilité, dans certains cas, de ne pas se prononcer avant de connaître l'avis exprès du ministre techniquement compétent.

Lors de l'examen des projets de statuts des associations qui souhaitent être reconnues d'utilité publique, la Section veille notamment à la régularité de la composition de l'assemblée générale. Celle-ci doit ainsi comprendre tous les membres d'honneur, les membres correspondants, dès lors qu'ils sont soumis au versement d'une cotisation annuelle ou les membres bienfaiteurs, dont la contribution financière constitue un « droit d'entrée ». En outre, une association ne saurait limiter à ses seuls membres majeurs la participation à l'assemblée générale avec voix délibérante. La Section s'assure de ce que les membres du conseil d'administration ne soient pas excessivement nombreux ; elle vérifie également que, sauf justification particulière, les représentants des salariés n'occupent pas une place par trop importante au sein du conseil.



Enfin, lorsqu'une association reconnue sollicite le retrait de cette reconnaissance, elle peut être accordée, dès lors que l'abrogation de la reconnaissance n'affecte pas le bon fonctionnement du service public que l'association avait pour mission d'assurer.

Ayant été saisie d'un projet de décret prononçant d'office la dissolution d'une fondation et abrogeant le décret portant reconnaissance d'utilité publique de cette même fondation, la Section a décidé qu'un tel décret, qui met fin aux effets d'un acte individuel créateur de droits, devait être motivé et que, par suite, conformément à l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, il ne pouvait intervenir sans que les représentants de la fondation aient été mis à même de présenter leurs observations.



Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2002, la Section de l'intérieur a tenu 88 séances et a participé à 2 séances de Sections réunies.

Pendant cette période, la Section a examiné 392 textes, dont 21 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1998	1999	2000	2001	2002
Lois	26	14	16	10	15
Ordonnances	7	1	12	1	4
Décrets article 37 et autres	87	113	123	135	180
Décrets individuels, arrêtés et décisions	233	211	258	241	179
Avis	2	11	20	7	14
Total	355	350	429	394	392

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2002

Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
15	8	4	1	2

Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets réglementaires		Décrets individuel, arrêtés et décisions	Avis	Total
			Article 37	Autres			
Premier ministre	-	-	-	7	-	4	11
Culture et communication	1	-	1	37	2	-	41
Outre-mer	2	2	-	9	-	3	16
Éducation-jeunesse	-	-	-	26	8	-	34
Intérieur	4	2	-	46	169	3	224
Justice	8	-	-	37	-	-	45
Sports	-	-	-	14	-	-	14
Autres ministères	-	-	-	3	-	4	7
Total	15	4	1	179	179	14	392



Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

	1998	1999	2000	2001	2002
Administration départementale et communale	19	26	27	22	17
Associations et fondations (sauf dons et legs)	110	104	131	123	95
Communication-Culture	19	12	11	27	42
Congrégations et Cultes (sauf dons et legs)	28	21	33	17	19
Déclarations d'utilité publique	6	7	6	4	6
Dons et legs	74	70	76	89	54
Droit administratif et constitutionnel	3	-	3	2	6
Droit civil et procédure civile	13	8	5	5	7
Droit commercial	4	3	6	4	8
Droit pénal et procédure pénale	6	10	9	9	10
Élections	7	4	4	1	4
Enseignement	6	6	18	9	18
Fonction publique territoriale	10	9	10	15	15
Organisation administrative	14	14	13	14	21
Organisation judiciaire et officiers publics et ministériels	7	7	7	14	10
Outre-mer	23	40	46	27	21
Police	3	5	15	4	16
Sports-jeunesse	3	4	9	8	19
Divers	-	-	-	-	4
Total	355	350	429	394	392



Section des finances

La Section des finances a examiné, en 2002, 61 projets de loi (dont 52 projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales) et 1 projet d'ordonnance ; elle a également donné un avis sur 256 projets de décret réglementaire. Comparés aux 56 projets de loi et aux 204 projets de décret de 2001, ces chiffres traduisent une augmentation sensible de l'activité normative du Gouvernement.

Comme les années précédentes, la Section des finances a consacré une part significative de son activité en 2002 à l'examen d'importantes dispositions à caractère fiscal, budgétaire, économique et financier : elle a examiné, notamment, trois projets de loi de finances, un projet de décret fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce (et qui intéresse le Conseil de la concurrence), ainsi que plusieurs textes intéressant les juridictions financières.

En outre, la Section a été saisie de très nombreux textes relatifs aux conventions internationales et à la fonction publique de l'État (sur les 256 projets de décret réglementaire examinés en 2002, 158 ont porté sur la fonction publique de l'État).

Dispositions fiscales

Nature juridique de la prime pour l'emploi

À l'occasion de l'examen de la réduction de 5 % de l'impôt sur le revenu inscrite dans la première loi de finances rectificative pour 2002, le Conseil d'État s'est interrogé sur le point de savoir si la prime pour l'emploi ne constituait pas un « impôt négatif » et a estimé qu'elle n'avait pas ce caractère. Il a considéré, en conséquence, que ni le fait que la réduction de 5 %, qui ne pouvant bénéficier par définition qu'aux personnes redevables de l'impôt sur le revenu, n'était pas accompagnée d'une augmentation, dans la même proportion, de la prime pour l'emploi, ni la majoration de cette prime au profit des seules personnes exerçant une activité à temps partiel, en vue de renforcer son caractère incitatif à la reprise d'une activité, ne portaient atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt.

Prise en charge des enfants de parents divorcés ou séparés en cas de résidence alternée au domicile de chacun des parents

Le Conseil d'État a examiné une disposition figurant dans le second projet de loi de finances rectificative pour 2002 et réglant le problème de la prise en charge fiscale des enfants de parents divorcés ou séparés lorsque la résidence de l'enfant est fixée de manière alternée au domicile de chacun des parents.

La solution retenue consiste :

1° à faire prévaloir, lorsqu'il en existe une, la convention homologuée par le juge, la décision de celui-ci ou le simple accord entre les parents prévoyant l'attribution de la majoration du quotient familial à l'un des deux parents (quitte à ce que celui-ci verse à l'autre une pension alimentaire qui ne sera, dans ce cas, ni déductible chez le premier, ni imposable chez le second) ;

2° à présumer, en l'absence d'une telle stipulation, que l'enfant est à charge égale des deux parents – sauf si l'un des deux justifie en assumer la charge principale – et à attribuer 1/4 de part de quotient familial à chacun.

Dans ce cas, le plafond du quotient familial et ses majorations prévues dans certaines situations, ainsi que les réductions d'impôts ou les abattements tenant compte des charges de famille sont divisés par deux et les pensions alimentaires éventuellement versées par l'un des parents à l'autre à raison de l'enfant ne sont ni déductibles par celui qui la verse, ni imposables entre les mains de celui qui la reçoit.

Cette solution ⁵ n'est pleinement équitable que si les revenus des deux parents sont du même ordre de grandeur. En cas de déséquilibre marqué, et *a fortiori* si l'un des deux parents est imposable et l'autre pas, la solution de l'attribution, par convention ou décision du juge, du quotient au parent imposable, qui dispose des revenus les plus élevés, paraît préférable dans les faits, mais à condition qu'elle soit accompagnée du versement par celui-ci à l'autre parent, par hypothèse plus démuné, d'une pension alimentaire permettant à ce dernier de couvrir sa part dans la charge d'une résidence alternée de l'enfant.

Au-delà de cette observation, la solution du partage du quotient familial traduit l'inadaptation de ce dernier, conçu pour l'imposition de personnes vivant sous le même toit, au cas de résidence alternée de l'enfant chez des parents séparés.

Application de la réglementation européenne

Le Conseil d'État a été amené à disjoindre trois dispositions figurant dans les projets de lois de finances soumis à son examen, pour des raisons touchant à la réglementation communautaire.

La première, inscrite dans le projet de loi de finances initial pour 2003, tendait à proroger d'un an l'application du taux réduit de TVA à certains services à

5 - Voir, également, CE Sect. avis contentieux 14 juin 2002, *M^{me} Mouthe*, à paraître au *Lebon*.



forte intensité de main d'œuvre. Le Conseil d'État a relevé que cette mesure n'avait été autorisée par le Conseil des ministres de la Communauté, en application d'une directive du 22 octobre 1999, que jusqu'en 2002 et que sa prorogation ne pouvait être prévue que sur le fondement d'une nouvelle directive, non encore intervenue à la date d'examen du texte.

La deuxième disposition, inscrite dans la deuxième loi de finances rectificative pour 2002, instituait une taxation forfaitaire au tonnage des entreprises de transport maritime. Le Conseil d'État a relevé que cette taxation constituait, en raison de l'avantage substantiel qu'elle procurait à ces entreprises, une aide d'État qui devait être autorisée par la Commission et qu'aucune décision de celle-ci n'était intervenue à la date d'examen du texte.

La troisième disposition, inscrite dans la même loi, tendait à relever le taux des droits de consommations sur les tabacs en Corse, mais dans des proportions insuffisantes pour les aligner sur ceux applicables sur le continent. Le Conseil d'État a relevé que si la France avait obtenu, par une directive du 29 juillet 1999 relative au rapprochement des taxes frappant les tabacs, une dérogation pour le tabac vendu en Corse, celle-ci expirait fin 2002 et que si la France avait sollicité une nouvelle dérogation à compter du 1^{er} janvier 2003, celle-ci n'avait pas encore été accordée par les autorités communautaires à la date d'examen du texte.

En sens inverse, le Conseil a approuvé plusieurs dispositions du projet de loi de finances rectificative pour 2002 transposant en droit interne des directives relatives au commerce électronique, à la facturation en matière de TVA et à l'assistance entre États membres en matière de recouvrement. Il a également approuvé une disposition du même texte étendant aux sommes versées pour la garde des enfants par des personnes ou établissements d'autres pays de la Communauté européenne le bénéfice de la réduction d'impôt accordée à raison de dépenses de même nature exposées auprès de nationaux.

Mesures de simplification

Le Conseil d'État a approuvé plusieurs mesures allant dans le sens de la simplification pour les contribuables et de l'allègement des tâches administratives : suppression des versements d'acomptes pour les petits redevables de la TVA et de la taxe professionnelle ; suppression de l'obligation pour les entreprises à établissements multiples de souscrire une déclaration récapitulative des bases de taxe professionnelle de leurs différents établissements ; communication par la direction générale des Impôts (DGI) à la direction générale de la Comptabilité publique (DGCP) des informations nécessaires à l'établissement du précompte de la CSG sur les pensions versées aux retraités de l'État ; transfert de la DGCP à la DGI du recouvrement de la quasi-totalité des impôts perçus sur les entreprises, permettant de mettre en œuvre plus complètement le principe de l'interlocuteur fiscal unique des entreprises, compétent pour traiter aussi bien des problèmes d'assiette que des problèmes de recouvrement ; communication de la liste des bénéficiaires de l'allocation aux adultes handicapés par leurs organismes débiteurs à l'administration fiscale qui pourra ainsi leur accorder d'office l'exonération de taxe d'habitation prévue en leur faveur et accordée jusqu'à présent sur demande des intéressés.



Validations législatives

À l'occasion de l'examen du second projet de loi de finances rectificative pour 2002, le Conseil d'État a donné un avis favorable à des dispositions validant des délibérations concernant l'exonération de taxe professionnelle des cinémas d'art et d'essai et la majoration du droit additionnel à la taxe pour frais de chambres de métiers prises tardivement, au regard des délais légaux, par des collectivités locales et des chambres de métiers, en raison de la publication tardive des textes d'application des réformes introduites, dans ces domaines, par la loi de finances initiale pour 2002.

Ce faisant, il a confirmé sa jurisprudence qui l'a conduit à admettre de telles validations, sauf en matière répressive et sous réserve du respect de la chose jugée, dès lors qu'elles sont justifiées par un motif d'intérêt général suffisant au regard du préjudice qu'elles peuvent causer aux contribuables.

Dispositions budgétaires

« Décristallisation » des pensions des anciens combattants étrangers

Par une décision du 30 novembre 2001 *Ministre de la défense et ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. Diop*, le Conseil d'État statuant au contentieux sur la demande de pension militaire de retraite formulée par un ressortissant sénégalais ayant servi dans l'armée française de 1937 à 1959, a estimé, en se fondant sur les stipulations de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention, que les pensions constituaient des créances qui devraient être considérées comme des biens et qu'aucune distinction entre les personnes ne pouvait être opérée exclusivement sur la base du critère de la nationalité. Aussi a-t-il jugé que ce seul critère, retenu par l'article 71 de la loi n° 59-1454 du 26 décembre 1959 portant loi de finances pour 1960 qui a « cristallisé » les pensions versées aux ressortissants des pays ou territoires ayant été placés sous souveraineté française, ne justifiait pas la différence de traitement entre ces ressortissants et les nationaux français en matière de pension.

Dans le second projet de loi de finances rectificative pour 2002, le gouvernement a entendu tirer les conséquences de cette jurisprudence. Un article de ce projet de loi a, en effet, pour objet de modifier les dispositions législatives en application desquelles les pensions versées aux ressortissants des pays ou territoires ayant été placés sous la souveraineté française ont été transformées en indemnités. L'article reconnaît à ces ressortissants des droits à pension et à leurs ayants cause des droits à réversion dont le montant est fonction du niveau de vie du pays de la résidence, appréciée à la date d'ouverture des droits. L'assemblée générale du Conseil d'État a donné un avis favorable à cet article en considérant que le critère de la résidence ainsi retenu permettait de satisfaire pleinement aux exigences de l'article 14 susmentionné.



Dispositions d'ordre économique et financier

Réforme du Conseil de la concurrence

Après l'intervention de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles réglementations économiques qui a, notamment, modifié les dispositions de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (désormais codifiée au livre IV du Code de commerce), la Section des finances a examiné et donné un avis favorable à un projet de décret fixant les conditions d'application de ce livre IV (décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, *JO* du 3 mai 2002, p. 8055) et qui concerne, à titre principal, l'organisation, les attributions et le régime procédural du Conseil de la concurrence.

Toutefois, elle a considéré que le projet du Gouvernement ne pouvait prévoir que, même lorsque la ou les parties qui l'ont saisi se sont désistées, le Conseil de la concurrence est tenu, en toute hypothèse, de poursuivre l'instruction et de se prononcer. En effet, la Section des finances a estimé qu'il résulterait des dispositions législatives relatives aux pouvoirs et aux modes de saisine de cette autorité (notamment, les articles L. 462-5, L. 462-6 et L. 462-8 du Code de commerce) que, lorsqu'il examine les pratiques dont il est saisi, le Conseil de la concurrence, qui est une autorité administrative chargée de la défense d'un ordre public économique, n'intervient pas pour satisfaire à la demande d'une partie. Dès lors, le désistement de la ou des parties qui l'ont saisi, comme d'ailleurs une déclaration d'irrecevabilité de la saisine, ne fait pas obstacle à ce que, usant de la faculté d'auto-saisine que lui reconnaît la loi, il poursuive et se prononce sur les faits en cause ; il n'y est cependant pas tenu.

Réforme des juridictions financières

Suite à l'intervention de la loi n° 2001-1248 du 21 décembre 2001 relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes, la Section des finances a examiné plusieurs projets de décret d'application de cette loi et portant réforme du statut des membres des chambres régionales des comptes et de la procédure suivie devant les juridictions financières : l'un portant modification du Code des juridictions financières (partie réglementaire) et relative à la procédure (décret n° 2002-1201 du 27 septembre 2002, *JO* du 28 septembre 2002, p. 15980), l'autre relatif à l'emploi de rapporteur extérieur à la Cour des comptes (décret n° 2002-1151 du 9 septembre 2002, *JO* du 13 septembre, p. 15134), le dernier portant modification du Code des juridictions financières (partie réglementaire) et portant reclassement des membres du corps des magistrats des chambres régionales des comptes (décret n° 2002-1153 du 10 septembre 2002, *JO* du 13 septembre, p. 15136).

S'agissant du premier projet de décret, la Section des finances, tout en émettant un avis favorable à l'ensemble du texte, a estimé que le projet du Gouvernement ne pouvait prévoir une disposition donnant à la Cour des comptes la faculté d'évoquer les comptes d'établissements publics nationaux dont elle avait auparavant délégué l'examen à une chambre régionale des comptes, en



application de l'article L. 111-9 du Code, dès lors que celle-ci n'avait pas encore rendu un jugement définitif sur ces comptes. La Section des finances a considéré que l'article L. 111-9 qui, en son second alinéa, prévoit expressément une telle délégation, ne comporte en revanche, à la différence de l'article L. 131-3 du Code des juridictions financières dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-1248 du 21 décembre 2001, aucune disposition permettant à la Cour de dessaisir une chambre régionale des comptes de l'examen des comptes d'un établissement qu'elle lui a précédemment délégué et auquel cette chambre a commencé à procéder.

Réforme des marchés publics

Après l'examen, en 2001, du nouveau Code des marchés publics et des articles relatifs à la commande publique de la loi n° 2001-168 du 11 décembre 2001 portant diverses mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite loi MURCEF), la Section des finances a examiné, en 2002, un projet de décret relatif au délai maximum de paiement pour les marchés publics (décret n° 2002-231 du 21 février 2002, *JO* du 22 février 2002, p. 3409).

Afin de lutter contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, la directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 a prévu, au 1 de son article 3, que les États membres devront veiller à ce que des intérêts moratoires soient exigibles quand le délai de paiement fixé par un contrat est dépassé ou, à défaut de stipulation relative au délai de paiement dans le contrat, à l'issue d'un délai de trente jours (après la date de réception soit de la facture soit des biens ou services livrés). Le principe est donc celui de la liberté contractuelle, le délai réglementaire de trente jours n'étant applicable qu'à titre subsidiaire. Toutefois, le 2 de l'article 3 de la directive a ouvert la possibilité, « pour certaines catégories de contrats à définir par le législateur national », d'un régime différent, dans lequel un délai maximum de paiement plus élevé (soixante jours) se combine avec l'encadrement de la liberté contractuelle des parties (qui ne peuvent pas prévoir, dans le contrat qui les lie, un délai de paiement supérieur au délai maximum susmentionné). Ce régime spécifique a été prévu pour les cas où « la règle des trente jours combinée à la liberté des parties de fixer d'autres stipulations contractuelles dans un accord particulier ne fonctionne pas de manière satisfaisante, notamment pour le cas où l'une des parties domine l'autre à tel point que cette dernière n'est de fait pas en mesure de négocier un contrat équitable ».

Les marchés publics relèvent d'une telle hypothèse : ils constituent, en effet, des « contrats commerciaux » d'un type particulier, dans lesquels la liberté contractuelle est étroitement encadrée par des dispositions législatives et réglementaires. Ainsi, les articles 54 et 55 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ont-ils transposé la directive en ce qui concerne les marchés publics, en prévoyant qu'un délai maximum de paiement des marchés publics est fixé par décret en Conseil d'État. Les marchés peuvent prévoir un délai plus court que ce délai réglementaire mais non un délai plus long. Et s'ils ne contiennent sur ce point aucune clause expresse, c'est le délai réglementaire qui s'impose.



Il y a lieu de relever que, même si elle ne l'impose pas, la directive n'interdisait pas une combinaison entre les régimes définis respectivement par les 1 et 2 de son article 3 : il eût, par exemple, été possible de prévoir à la fois que la liberté contractuelle était limitée par l'obligation de ne pas prévoir dans le marché un délai supérieur à un délai réglementaire (lui-même égal au plus à 60 jours) et que, dans le silence du marché, un délai de trente jours était applicable. Il résulte cependant de la combinaison des dispositions des articles 54 et 55 de la loi susmentionnée que tel n'a pas été le choix du législateur : celui-ci a voulu qu'un seul délai maximal réglementaire soit défini pour chaque catégorie de marchés, qui constitue à la fois la limite assignée à la liberté contractuelle (dans l'hypothèse où le marché comporte une clause relative au délai de paiement) et le délai maximal applicable dans l'hypothèse du silence du marché.

Le décret du 21 février 2002 a ainsi fixé un délai maximal réglementaire de 45 jours pour le paiement des marchés publics, sans méconnaître ni les objectifs de la directive, ni les termes de la loi.

Conventions internationales

L'examen des projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation des conventions internationales, a donné lieu à des remarques générales sur la nécessité de concilier engagements internationaux, engagements communautaires et droit interne. Ces observations sont reprises dans le chapitre « Assemblée générale » du présent rapport.

Fonction publique

Outre l'examen de nombreux projets de décret portant réforme statutaire ou création de statut d'emploi, la Section des finances a été saisie d'une demande d'avis et de deux importants projets de décret intéressant l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants communautaires.

Ouverture de la fonction publique de l'État aux ressortissants communautaires

Après l'avis rendu par le Conseil d'État au début de l'année 2002 sur les modalités d'ouverture des corps, cadres d'emplois et emplois de la fonction publique aux ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen, la Section des finances a eu à examiner deux projets de décret portant sur l'ouverture de la fonction publique de l'État à ces ressortissants.

Le premier fixe les dispositions générales relatives à la situation et aux modalités de classement des ressortissants des États membres de la Communauté



européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, nommés dans un corps de fonctionnaires de l'État ou de ses établissements publics (décret n° 2002-1294 du 24 octobre 2002, *JO* du 26 octobre 2002, p. 17796). Il applique le principe d'égalité entre les fonctionnaires français et ces ressortissants lors de leur nomination et aux différents stades de leur carrière, mais exclut les intéressés des emplois inséparables de l'exercice de la souveraineté ou comportant une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Il prévoit également que les avis de concours de recrutement dans l'un des corps « ouverts » à ces ressortissants doivent faire mention des emplois liés à la souveraineté auxquels ils ne pourront accéder.

S'agissant du classement, régi par les règles applicables au corps d'accueil, le texte définit les services pouvant être pris en compte par référence à ceux accomplis dans les administrations, organismes ou établissements de l'État d'origine, dont les missions sont comparables à celles des administrations, services ou établissements publics auprès desquels les fonctionnaires civils, mentionnés à l'article 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, exercent leurs fonctions. Les modalités de prise en compte de ces services sont déterminées en fonction de la nature juridique de l'engagement de l'intéressé dans l'État d'origine : situation statutaire et réglementaire, contrat de droit public ou contrat de droit privé.

Enfin pour aider les administrations préalablement à toute décision de classement, le projet de décret organise une procédure d'avis préalable rendu par la commission d'équivalence des services publics instituée par l'article 5 du décret n° 2002-759 du 2 mai 2002 relatif à l'accueil en détachement des fonctionnaires d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans la fonction publique de l'État.

Le second projet de décret, relatif à l'ouverture de certains corps et emplois de fonctionnaires de l'État et de ses établissements publics, a pour objet de permettre aux ressortissants ci-dessus mentionnés d'accéder à environ 110 corps de la fonction publique française – soit plus de 90 % des effectifs des corps ou statuts d'emplois de l'État, les seuls corps et statuts d'emplois qui demeurent fermés sont ceux qui, au sens de l'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne, doivent être regardés comme inséparables de l'exercice de la souveraineté ou comme participant directement ou indirectement à l'exercice de prérogatives de puissance publique.



Statistiques

En 2002, la Section des finances a tenu 87 séances ; au cours de l'année, la Section a examiné 346 textes dont 63 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1998	1999	2000	2001	2002
Lois	67	64	44	56	61
<i>dont lois autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales</i>	57	57	34	43	52
Ordonnances	4	-	3	1	1
Lois du pays (Nouvelle-Calédonie)	-	3	2	5	5
Décrets réglementaires	242	196	253	204	256
Remises gracieuses	234	95	128	117	21
Avis	8	3	5	-	2
Total	555	361	435	383	346

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs

Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de deux mois
61	5	13	19	24

Tableau 3
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets	Avis	Loi du pays	Remises gracieuses
Premier ministre	-	-	5	-	-	-
Affaires étrangères	52	-	10	-	-	-
Agriculture et pêche	-	-	10	-	-	-
Aménagement du territoire et environnement	-	-	1	-	-	-
Budget	-	-	1	-	-	21
Culture et communication	-	-	10	-	-	-
Défense	2	-	26	-	-	-
Économie, finances, industrie	7	1	80	1	-	-
Éducation nationale	-	-	36	-	-	-
Emploi et solidarité	-	-	6	-	-	-
Équipement, transports et logement	-	-	16	-	-	-
Fonction publique et réforme de l'État	-	-	25	1	-	-
Intérieur	-	-	12	-	-	-
Jeunesse et sports	-	-	4	-	-	-
Justice	-	-	9	-	-	-
Outre-mer	-	-	1	-	-	-
PME, commerce et artisanat	-	-	4	-	-	-
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	5	-
Total	61	1	256	2	5	21



Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

	1998	1999	2000	2001	2002
Accords internationaux	57	55	34	43	52
Assurance	6	4	4	4	7
Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique	7	5	11	5	17
Comptabilité publique	8	2	4	-	-
Consommation	8	12	13	15	12
Contributions et taxes	23	19	19	28	26
Crédit et banques, instruments financiers, monnaie	16	10	18	14	11
Défense	12	20	32	15	18
Diplomatie (sauf accords internationaux)	1	-	2	-	-
Domaine	1	-	1	-	1
Douane	1	-	2	2	5
Fonctionnaires et agents publics	157	129	153	126	158
Marchés et contrats administratifs	1	3	3	2	1
Pensions	8	3	2	2	3
Pouvoirs publics	15	4	9	10	14
Remises de débet	234	95	128	117	21
Total	555	361	435	383	346



Section des travaux publics

L'activité de la Section des travaux publics en 2002 a été en légère progression par rapport à 2001 : ont été examinés neuf projets de loi, quatre projets d'ordonnance et environ deux cents projets de décret ainsi que cinq demandes d'avis.

L'augmentation sensible des demandes d'avis répond sans doute au sentiment d'insécurité juridique que suscitent la rédaction imparfaite de certains statuts ou la difficulté à apprécier les conséquences des jurisprudences nationales ou communautaires à appliquer. Quant au grand nombre de décrets, il s'explique par la nécessité de mettre en œuvre des lois complexes adoptées au cours des deux années précédentes, comme la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, la loi d'orientation de la forêt du 9 juillet 2001 et la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

Les élections qui se sont déroulées au milieu de l'année n'ont pas provoqué de variation significative dans le nombre des affaires traitées. Le nouveau gouvernement a confirmé pour l'essentiel les projets de décret déposés par le gouvernement précédent. En revanche, la Section a dû étudier des projets de loi traitant d'un même sujet sous deux versions différentes présentées par chacun des gouvernements successifs : ainsi, après un projet de loi relatif à la maîtrise des risques technologiques, lui a été soumis un projet de loi tendant à renforcer la prévention des risques technologiques et naturels ; de même, le projet de loi pour la confiance et la sécurité de l'économie numérique reprend en grande partie en l'enrichissant un projet antérieur sur la société de l'information. La même observation peut être faite pour des projets de loi relatifs au marché du gaz. Les élections ont surtout pesé sur le travail de la Section dans la mesure où l'examen en urgence de certains dossiers, demandé par le gouvernement soit dans la perspective des échéances électorales soit en conséquence de celles-ci, a contribué à perturber l'étude des autres dossiers en instance.

Élaboration et qualité des textes

Effet d'une précipitation excessive ou d'une mauvaise maîtrise des instruments juridiques, les lois adoptées sont souvent complexes et de qualité médiocre. De trop fréquentes difficultés lors de l'élaboration des textes pris

pour leur application sont imputables à ces aléas des débats parlementaires. Ainsi, le Code rural comporte un article L. 640-3 dans deux rédactions différentes, l'une issue de l'ordonnance n° 2000-550 du 15 juin 2000 portant codification de ce Code et l'autre créée par l'article 58 de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Les dispositions de la loi relative à la démocratie de proximité concernant la commission nationale du débat public ont été à ce point enrichies, au cours des débats parlementaires, de détails de procédure que leur respect dans le décret pris pour leur application a été difficilement concilié avec les exigences du bon fonctionnement de cet organisme. La Section a dû rejeter un projet de décret qui avait pour objet de constituer en sections régionales le fonds d'aménagement urbain alors que la loi du 13 décembre 2000 l'avait créé expressément sous la forme d'un fonds unique, bien que ce fonds soit chargé de financer localement des actions foncières et immobilières en faveur du logement social. Les dispositions législatives en cause ont depuis été modifiées. La Section a également disjoint des dispositions d'un décret qui, s'agissant de la procédure de désignation des organes dirigeants d'organismes représentatifs des professions de la pêche maritime et de la conchyliculture, limitaient l'inscription des conjoints de professionnels sur les listes électorales aux seuls conjoints de chefs d'entreprise qui prenaient part à l'exploitation de l'entreprise ; ces dispositions restrictives, si opportunes et adaptées au but poursuivi qu'elles fussent, étaient néanmoins directement contraires à la lettre de la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale qui se borne à accorder ce droit aux « conjoints » sans autre restriction ni précision. Cette notion de « conjoint » ne pouvait pas, à l'inverse, être étendue aux partenaires liés aux chefs d'entreprise par un pacte civil de solidarité.

Il arrive même que des dispositions issues d'amendements parlementaires produisent des effets contraires à l'intention de leurs auteurs. Le Gouvernement a dû saisir la Section d'une demande d'avis pour déterminer la portée de l'article 22 de la loi du 10 février 2000 relatif au négoce d'électricité qui, dans le souci de protéger le marché national par une transposition à minima des directives communautaires, réserve ce négoce aux producteurs en France d'électricité mais risque de placer les autres opérateurs nationaux souhaitant se livrer à cette activité en position défavorable par rapport à leurs concurrents européens, sauf à devoir s'établir dans un autre État membre. De même, le dernier alinéa de l'article 155 de la loi du 13 décembre 2000 qui tend à faciliter la prise en gérance d'immeubles par des organismes d'HLM aboutit, en raison d'une rédaction inappropriée, à restreindre les possibilités dont disposaient déjà ces organismes en ce domaine.

La Section a été amenée à appeler l'attention du Gouvernement sur certaines lacunes du droit existant. Elle a fait observer que la loi du 13 décembre 2000, qui prévoit de maintenir l'application du régime des habitations à loyer modéré aux logements sociaux qui sont cédés par des organismes d'HLM, ne comportait aucun dispositif de nature à faire respecter ces obligations. Cette omission a été reportée par le projet de loi portant diverses dispositions relatives à l'urbanisme, l'habitat et la construction. La Section a aussi relevé l'urgence de clarifier les compétences de l'État en matière de postes et télécommunications dans les territoires d'outre-mer ; celles-ci reposent, en effet, sur des textes anciens qui ne sont plus adaptés aux réalités administratives et technologiques.



Enfin, la Section a veillé au respect du partage entre loi et règlement en ce qui concerne les participations financières qui peuvent être réclamées à des opérateurs économiques. Si les frais de contrôle occasionnés par l'instruction des demandes d'autorisation ou d'agrément peuvent être mis à la charge du pétitionnaire par voie réglementaire, il appartient en revanche à la loi de fixer le régime des contributions mises à la charge des exploitants lorsque celles-ci correspondent aux dépenses afférentes aux contrôles administratifs et techniques effectués en cours d'activité à l'initiative de l'administration dans l'intérêt de la santé ou de la sécurité publiques.

Organisation administrative et adaptation des services publics

La Section a été saisie de plusieurs projets de réforme administrative. Elle a examiné comment les fonctions régaliennes de l'État étaient distribuées entre les diverses structures administratives au regard tant **des principes d'organisation rationnelle** que des règles de procédure.

Mérite à cet égard d'être mentionnée la création d'une direction générale de la sûreté nucléaire et de la radioprotection qui présente l'intérêt de réunir au sein d'un même service les autorités chargées du contrôle de l'ensemble des activités et installations pouvant produire des rayonnements ionisants. Selon le même principe, a été créé l'institut de radioprotection et de sûreté nucléaire pour exercer une mission d'expertise. Mais on regrettera, pour le bon fonctionnement de cet établissement public dont la légitimité dépend autant des compétences scientifiques de ses agents que des conditions de son indépendance fonctionnelle, qu'il soit placé sous l'autorité de cinq ministres et que son organisation interne soit compliquée par la forte autonomie dont dispose le service chargé des affaires intéressant la défense.

Le souci de séparer le contrôle de l'hygiène et de la sécurité des aliments et celui exercé sur les filières de la production agroalimentaire a conduit à la création des directions départementales des services vétérinaires. La réforme des directions départementales de l'agriculture et de la forêt, qui devait suivre, a été retardée par les difficultés rencontrées pour mener à son terme la réforme des directions régionales de l'Environnement dont certaines attributions sont voisines.

À l'occasion de ces projets de réforme, la Section a rappelé les règles de **consultation des comités techniques paritaires**. C'est ainsi qu'elle a considéré qu'un projet de décret ayant pour objet de réorganiser la direction générale de l'aviation civile dotée d'un comité technique paritaire central devait être soumis à la consultation de ce seul comité. Elle a également estimé que le comité technique paritaire placé auprès du chef d'un service d'inspection composé d'agents désignés par deux ministres parmi des agents relevant de plusieurs corps constituait un comité spécifique institué sur le fondement de l'article 17 de la loi du 11 janvier 1984 et dont la création n'exigeait pas la consultation des comités techniques paritaires ministériels et centraux des deux départements ministériels.



La Section s'est interrogée sur le **régime des catégories d'établissements publics** à propos de l'Entreprise de recherche et d'activités pétrolières (ERAP). Elle a considéré qu'après l'abandon de ses activités directes de recherche et d'exploitation dans les domaines des substances minérales et des sources d'énergie, cet établissement était devenu une holding financière dont les prises de participation s'étendaient désormais jusqu'au secteur de la pharmacie. Il ne pouvait dès lors plus être regardé comme appartenant à sa catégorie d'origine (CE 10 mai 1972 *Fédération des syndicats d'ingénieurs et assimilés* et CE 24 novembre 1978 *Schwartz et autres*) mais devait être rangé, eu égard à son objet actuel et à ses ressources, dans la catégorie préexistante des établissements publics de financement et de restructuration. Un décret en Conseil d'État était par suite compétent pour étendre le champ des prises de participation de l'ERAP aux entreprises du secteur des télécommunications.

Saisie d'un projet de décret modifiant le régime financier et comptable des offices nationaux d'intervention dans les domaines de l'agriculture et de la pêche, la Section a admis dans son principe **l'exercice par les comptables publics d'un contrôle sélectif** sur les actes et documents relatifs aux dépenses de ces organismes mais a souhaité un encadrement strict de cette nouvelle méthode de contrôle. Elle a également appelé l'attention du gouvernement sur la nécessité d'harmoniser ce régime des obligations des comptables et les responsabilités encourues par ces derniers à raison des contrôles qu'il leur incombe d'effectuer.

La loi du 11 décembre 2001 portant diverses mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier et l'évolution de la jurisprudence ont redéfini les conditions auxquelles l'État peut fournir des **prestations de services aux communes**. L'article 1^{er} de la loi a subordonné, pour les cas où il est possible de déroger au Code des marchés publics, l'assistance technique fournie par l'État à deux conditions cumulatives de taille et de ressources de la collectivité bénéficiaire. Pour l'application de cette règle, la Section a admis que pouvait être retenu le critère du potentiel fiscal global associé à celui de la population mais non pas celui du potentiel fiscal par habitant qui ne correspondait qu'imparfaitement à la condition de ressources prévue par la loi. Elle a rappelé que le prix des prestations ainsi servies devait être fixé dans un cadre contractuel et non pas sur le fondement d'une décision unilatérale prise par l'État.

Enfin, la Section, dans le droit fil des observations de la Cour des comptes contenues dans son rapport public de 1997, a disjoint des dispositions essentielles qui instituaient pour les besoins de l'aménagement du territoire des commissaires au développement économique en rattachant leur activité à un mandat de gestion délivré par des associations. Ces agents publics étaient ainsi placés en situation de dépendance à l'égard d'associations qui les rémunéraient et, dans la mesure où les ressources de ces dernières provenaient majoritairement de subventions de l'État, ils étaient mis en situation de gestion de fait de deniers publics.



Protection de l'environnement

En matière de protection de l'**environnement**, un large éventail de décrets a été soumis à la Section. Celle-ci a veillé à ce que chaque mesure envisagée soit proportionnée aux objectifs de protection. Elle a refusé le classement d'un site dont le caractère pittoresque ne justifiait pas cette mesure et qui était suffisamment protégé par son inscription à l'inventaire des sites et son inclusion dans un parc naturel régional. Elle s'est attachée à la cohérence des périmètres de protection, estimant que l'emprise d'une construction illégalement édifiée au milieu d'une forêt devait être réintégrée dans le périmètre de protection de cette dernière et que l'inscription dans un site classé des bâtiments industriels était de nature à permettre de mieux en contrôler l'utilisation ou la transformation. Elle s'est également inquiétée des modalités de gestion des sites « Natura 2000 » : pour y assurer la protection des espèces, l'administration entend encourager les engagements contractuels des propriétaires et des exploitants dans ces zones mais multiplie dans le même temps les mesures unilatérales de sauvegarde. D'une façon générale, la Section constate que les administrations ont tendance à accumuler des règles hétérogènes applicables à un même secteur sans se soucier de leur articulation et de l'efficacité de leur application.

S'agissant du traitement des déchets, la Section n'a pas cru devoir donner un avis favorable à un projet de décret organisant la collecte et l'élimination des imprimés et des journaux gratuits dont le financement devait être assuré par une contribution imposée aux producteurs des déchets et dont une fraction devait être reversée aux communes ou aux établissements publics chargés de l'élimination des déchets ménagers : elle a considéré notamment que cette contribution avait un caractère fiscal et relevait par suite du domaine de la loi. En revanche elle a donné un avis favorable à un décret relatif à l'élimination des pneumatiques usagés.

La réforme, en vue de renforcer l'efficacité de la protection contre le bruit, des dispositions tant législatives que réglementaires régissant cette matière, qui modifie les procédures d'établissement des plans d'exposition au bruit et les moyens d'action des autorités publiques dans les zones d'exposition, n'a pas appelé de remarque de la part de la Section.

Utilité publique, voirie et domaine public

Déclarations d'utilité publique

Plusieurs aspects de la procédure relative aux déclarations d'utilité publique ont été remaniés. À cette occasion, il a, en premier lieu, fallu dégager la portée des **nouvelles dispositions introduites par la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité**. À la question de savoir si l'article de cette loi qui supprime le recours à un décret en Conseil d'État en cas d'avis défavorable du commissaire enquêteur était d'application immédiate, les Sections des travaux publics et de l'intérieur réunies ont donné une réponse négative. La



Section des travaux publics s'est également prononcée sur la portée du 3 de l'article L. 11-1-1 du Code de l'expropriation issu de l'article 145 de la même loi : « L'acte déclarant l'utilité publique est accompagné d'un document qui expose les motifs et considérations justifiant le caractère d'utilité publique de l'opération ». Elle a considéré d'abord que ces dispositions, prises pour la transposition de la directive 97/11/CE du 3 mars 1997 (cf. rapport 2001), étaient suffisamment précises pour être d'application immédiate. Elle a déduit ensuite des termes mêmes de la loi que ce document d'accompagnement ne pouvait être regardé comme une pièce du dossier de l'instruction du décret de déclaration d'utilité publique ni comme un élément constitutif de ce décret (en qualité d'annexe). Elle en a conclu qu'il lui appartenait seulement de vérifier l'existence du document, et non d'en contrôler le contenu qui ne pouvait, en tout état de cause, avoir d'incidence sur la légalité du décret lui-même. La Section n'a pas pour autant négligé l'intérêt d'un tel document pour l'information du public. Elle a même suggéré à l'administration d'en améliorer la qualité en faisant figurer les engagements pris par le maître d'ouvrage à la suite des observations produites au cours de l'enquête publique.

Au-delà de ces procédés d'information, la Section a exigé que, lorsque la légalité de la déclaration d'utilité publique dépend des engagements souscrits par le maître d'ouvrage en vue de réduire les nuisances sonores de l'ouvrage et de mettre en œuvre des mesures de sécurité propres à prévenir les risques présentés, pour les usagers de l'ouvrage et les habitants des environs, par la présence d'installations classées comportant des substances ou des équipements dangereux, un document spécifique, mentionnant ces engagements et les nuisances et dangers auxquels ils ont pour objet de remédier, soit annexé au décret et publié avec lui.

La Section a, en deuxième lieu, été amenée à trancher de délicates questions de procédure en cas de **réalisation par étapes d'un grand projet d'infrastructure**. La jurisprudence reconnaît la faculté de soumettre à enquête publique un élément d'un projet d'ensemble si cet élément peut être réalisé séparément (CE 10 novembre 1995 *Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature*) mais les textes imposent la production au dossier d'enquête d'une étude d'impact d'ensemble et une évaluation socio-économique globale (CE, Assemblée, 23 octobre 1998 *Collectif alternative pyrénéenne à l'axe européen et autres*).

Saisie de la déclaration d'utilité publique des travaux de construction d'une ligne ferroviaire qui composait avec deux autres lignes un vaste réseau inscrit au schéma national des liaisons ferroviaires à grande vitesse, la Section a estimé que l'opération envisagée formait à elle seule un grand projet d'infrastructure dans la mesure où elle satisfaisait aux objectifs énoncés dans le schéma national. Dès lors, il n'était pas nécessaire de faire porter l'étude d'impact et l'évaluation socio-économique sur l'ensemble des trois branches.

À l'inverse, les projets d'aménagement de deux Sections de voirie nationale que l'administration avait traités séparément apparaissaient comme portant sur deux tronçons d'un même itinéraire concourant à la réalisation de la même liaison. Ces deux projets avaient donné lieu à deux enquêtes publiques séparées et à des rapports de commission d'enquête distincts mais les dossiers avaient été établis selon les mêmes méthodes, comportaient de larges volets communs et analysaient l'impact et l'évaluation socio-économique de



l'ensemble du trajet. Dans ces conditions, la Section a estimé que la déclaration d'utilité publique de l'ensemble de ces travaux devait faire l'objet d'un décret unique.

En troisième lieu, la Section a dû tirer les **conséquences d'irrégularités commises en cours de procédure**. S'agissant d'un projet qui avait donné lieu à une enquête publique portant sur l'utilité publique d'une liaison ferroviaire et sur la mise en compatibilité des plans d'occupation des sols de cinquante-quatre communes, l'administration avait omis dans un premier temps trois autres communes ; pour réparer cette omission, elle avait organisé, après la remise des conclusions de la commission d'enquête initiale, une enquête complémentaire. La Section a admis la régularité de cette procédure en deux temps en estimant qu'il n'était pas nécessaire de reprendre la procédure dans son ensemble (cf. CE Assemblée 3 mars 1993 *Commune de Saint-Germain et autres*).

Des illégalités peuvent provenir de changements de fait ou de droit intervenus en cours de procédure. La Section a dû disjoindre une partie des dispositions d'un décret déclarant d'utilité publique un projet de travaux d'aménagement routier et portant mise en compatibilité d'un plan d'occupation des sols après avoir constaté qu'une modification de ce plan d'occupation des sols affectant le projet était intervenue après la clôture de l'enquête publique sans que cette modification ait eu pour objet ou pour effet de rendre compatible le plan avec le projet mis à l'enquête. Dans un autre dossier où l'enquête publique avait porté sur la mise en compatibilité d'un plan sans tenir compte de sa modification survenue huit jours avant le début de l'enquête, la Section a opéré une distinction entre ce qui était resté inchangé et ce qui avait fait l'objet d'une modification non comprise dans l'enquête et incompatible avec le projet. Pour éviter ces graves inconvénients, la Section a recommandé aux autorités de l'État de veiller à ce que les modifications des plans locaux d'urbanisme décidées par les communes intéressées soient en cohérence avec les projets mis à l'enquête publique ou, à défaut, de faire usage des prérogatives que leur confèrent les articles L. 123-14, R. 121-3 et R. 121-4 du Code de l'urbanisme relatifs aux projets d'intérêt général.

L'irrégularité peut aussi affecter un acte ancien dont dépend la légalité d'actes postérieurs. Ainsi il est apparu, lors de l'examen d'un projet de décret prorogeant les effets de la déclaration d'utilité publique des travaux d'aménagement routier, que le texte du décret initial ne mentionnait pas l'obligation pour le maître d'ouvrage de remédier aux dommages causés aux exploitations agricoles. Cette omission était de nature à entacher d'illégalité le décret dans son entier et cette illégalité pouvait être invoquée notamment contre les arrêtés de cessibilité. Après avoir vérifié, d'une part, que cette omission provenait d'une simple erreur matérielle, le dossier de l'enquête publique initiale contenant l'énoncé de ces mesures et leur fondement légal, et, d'autre part, que le décret n'avait donné lieu à aucune mesure d'exécution, les seules acquisitions s'étant effectuées à l'amiable, la Section a été d'avis qu'il fallait corriger ce défaut d'origine en modifiant le décret initial, avant de prendre le décret prorogeant les effets de la déclaration d'utilité publique.

Plus généralement, la Section a appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité et l'urgence de remettre de l'ordre dans **les régimes d'enquêtes publiques** : leur hétérogénéité croissante nuit aux objectifs de qualité des



procédures administratives et de sécurité juridique. Rien ne justifie que, dans les diverses catégories d'enquêtes publiques prévues dans le Code de l'environnement ou dans le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, des questions communes telles que les modalités de désignation du commissaire enquêteur, le paiement direct ou indirect de celui-ci ou le versement de provision par le maître d'ouvrage soient traitées selon des modalités très différentes. Un décret récent a amorcé une remise en ordre qui doit être poursuivie.

On doit reconnaître toutefois que les meilleures intentions en matière de simplification administrative peuvent se traduire par une complexité plus grande des textes de procédure. Le souci de raccourcir les délais de décision a donné lieu à une grande variété de solutions en matière de contrôle des défrichements, la durée de l'instruction des demandes étant modulée en fonction de la qualité des demandeurs, de l'étendue des défrichements ou de l'existence de procédures parallèles. De même, les tentatives pour coordonner, voire fusionner les enquêtes publiques relatives à un même projet relevant de plusieurs législations indépendantes (par exemple, autorisation de défrichement et permis de construire) conduisent à des dispositifs sophistiqués. En effet, la procédure est complétée de conditions particulières ayant trait à la composition du dossier d'enquête, aux consultations complémentaires ou à l'intervention d'autorités concurrentes. Il en résulte un foisonnement d'exceptions et un enchevêtrement des procédures et des compétences, qui font parfois douter qu'en définitive l'objectif de simplicité et de lisibilité du droit soit atteint.

Énergie, transports, agriculture et pêche

Énergie et autres industries

L'année 2002 a été marquée, comme l'année précédente, par une grande production de textes concernant **le secteur de l'énergie**. Outre le projet de loi relatif au marché du gaz naturel reprenant en partie un projet de loi antérieur relatif au service public du gaz, la Section a examiné plusieurs décrets d'application de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, concernant notamment les tarifs d'utilisation des réseaux de transport et de distribution, l'activité de négoce d'électricité et la procédure d'appel d'offres pour l'installation de production d'électricité. La Section, saisie d'un décret modifiant le régime des redevances d'occupation du domaine public des communes et départements par des ouvrages de transport et de distribution d'électricité, a admis que ce régime trouvait toujours son fondement dans la loi du 1^{er} août 1956, malgré son ancienneté et son caractère apparemment obsolète, et dans l'article L. 2333-84 du Code général des collectivités territoriales. Elle a également admis que le plafond des redevances pouvait être fixé en fonction de la population de la collectivité propriétaire du domaine.

Les exigences d'une sécurité accrue dans d'**autres activités industrielles** se sont traduites notamment par les deux projets de loi relatifs aux risques tech-



nologiques et par des décrets renforçant le régime de police spéciale applicable aux substances explosives et au stockage souterrain de gaz combustible ou d'hydrocarbures liquides ou liquéfiés.

Transports

S'agissant des **transports**, la Section des travaux publics et la Section sociale réunies ont examiné des décrets organisant la durée de travail et la formation professionnelle des entreprises de transport routier. La Section des travaux publics a également eu à connaître des nouvelles règles en matière de circulation des transports exceptionnels et de rationalisation des équipements routiers. L'Assemblée générale a rendu un avis important relatif au régime juridique des contrats d'exploitation des installations commerciales sur les aires de service situées sur le réseau autoroutier.

En matière de transports aériens, le Conseil d'État a donné un avis favorable au projet de loi relatif à la privatisation de la société Air-France qui organise, pour sauvegarder sa licence d'exploitation de transporteur aérien communautaire et ses droits de trafic, un régime de cession forcée d'actions, et déroge par ailleurs aux règles de droit commun des sociétés en maintenant dans sa forme actuelle la représentation des salariés au conseil d'administration et en aménageant les conditions de participation des salariés au capital de la société. Par ailleurs, à l'occasion d'une réforme du statut d'Aéroports de Paris, la Section a précisé que les marchés passés par cet établissement étaient soumis au régime des marchés publics passés par des établissements publics à caractère industriel et commercial.

Agriculture et pêche

Dans le domaine de **l'agriculture et de la forêt**, le gouvernement a soumis une série importante de décrets pour parachever la mise en application de la loi d'orientation agricole ainsi que des textes de soutien à l'économie agricole ou viticole qui tendaient notamment à organiser une meilleure gestion du potentiel viticole et des transferts des quantités de référence laitières. La sécurité alimentaire a été recherchée par un renforcement de la surveillance phytosanitaire, le contrôle des substances d'origine médicamenteuse dans les produits animaux destinés à la consommation humaine et la mise en place d'un réseau national sanitaire bovin et de règles d'identification des caprins et ovins. Toutefois, l'examen du livre II (partie réglementaire) du Code rural a fait apparaître la nécessité d'une clarification des compétences et des procédures de contrôle en matière de santé vétérinaire et de protection des végétaux, les textes anciens régissant ces matières étant souvent inadaptés aux évolutions législatives et aux normes communautaires.

De nombreux décrets d'application de la loi d'orientation de la forêt ont prévu la mise en place des organes de gestion des professions forestières, le régime des sociétés d'épargne forestière et l'organisation d'une meilleure prévention des risques d'incendie dans les massifs boisés.



Enfin, la Section a été amenée à répondre à une demande d'avis sur les mesures à prendre par les administrations en cas de décisions juridictionnelles d'annulation en matière de remembrement rural.

Urbanisme, logement et construction

La Section a poursuivi son œuvre d'harmonisation du régime des organismes d'intervention en matière d'aménagement, notamment à l'occasion de la création de l'établissement public chargé de l'aménagement de la Plaine de France et de l'organisation de l'établissement public de gestion immobilière du Nord-Pas-de-Calais. Elle a examiné de nombreux décrets dans le domaine du logement social pris en application de la loi du 13 décembre 2000. Enfin, elle a eu à connaître de diverses mesures de nature réglementaire et législative destinées à assurer la sécurité des ascenseurs dès leur mise sur le marché et en cours de service.



Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2002, la Section des travaux publics a tenu 86 séances et a participé à 5 séances de Sections réunies. Pendant cette période, elle a examiné 211 textes dont 14 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1998	1999	2000	2001	2002
Lois	9	6	8	7	9
Ordonnances	5	0	5	3	4
Lois du pays	-	-	-	2	-
Décrets article 37 et autres	107	100	142	127	146
Décrets individuels, arrêtés et décisions	86	69	49	65	47
Avis	3	1	2	1	5
Total	210	176	206	205	211

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2002

Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
9	1	4	3	1

Tableau 3
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Lois du pays	Décrets réglementaires		Décrets individuels, arrêtés et décisions	Avis	Total
				Article 37	Autres			
Premier ministre	-	-	-	-	1	-	-	1
Agriculture	-	-	-	-	38	2	1	41
Budget	-	-	-	-	-	-	-	-
Équipement	3	2	-	1	60	22	1	89
Écologie	4	-	-	-	21	14	-	39
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	-	-	-	-
DOM-TOM	-	1	-	-	2	-	-	3
Industrie-recherche	1	-	-	-	17	5	3	26
Intérieur	1	1	-	-	-	-	-	2
Mer	-	-	-	-	-	-	-	-
PTT	-	-	-	-	4	-	-	4
Tourisme	-	-	-	-	2	4	-	6
Ville	-	-	-	-	-	-	-	-
Total	9	4	-	1	145	47	5	211



Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

	1998	1999	2000	2001	2002
Agriculture – Forêts – Pêche	24	26	35	24	29
Autoroutes – Routes	19	27	23	19	18
Construction – Urbanisme – Aménagement	21	18	27	33	33
Défrichements	16	17	7	12	-
Eaux	2	5	1	3	2
Énergie (électr., hydro., therm., nuclé.)	9	4	12	10	10
Écologie	18	14	20	21	20
Hydrocarbures	14	4	3	1	6
Industrie – Recherche – Entreprises	13	10	2	6	6
Mer	1	-	-	-	1
Mines – Carrières	5	5	6	2	1
Parcs-Réserves	4	-	3	1	2
Planification – Administration	3	3	2	2	16
PTT	3	3	4	5	4
Rivières – Canaux	-	-	1	1	2
Sites	17	6	9	14	13
Taxes parafiscales	7	2	22	7	5
Transports terrestres	23	15	16	31	21
Transports maritimes & fluviaux	4	11	3	6	10
Transports aériens	5	3	4	5	6
Tourisme	2	3	6	2	6
Total	210	176	206	205	211



L'activité de la Section sociale a augmenté en 2002 par rapport à l'année précédente. Elle a ainsi été saisie de 316 projets à comparer aux 287 textes examinés en 2001 qui marquaient déjà une progression sensible. Cette situation s'explique par le calendrier gouvernemental. Un très grand nombre de décrets d'application correspondent aux textes votés l'année précédente ou au cours du premier semestre 2002, notamment la loi du 17 janvier 2002 relative à la modernisation sociale et la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades. Ces projets de décret ont été adressés à la Section pour un examen avant le mois de mai. La plupart des textes qui n'avaient pu être examinés avant les échéances électorales ont été repris par le nouveau gouvernement le cas échéant sous une forme amendée et examinés par la Section concurremment avec les nouveaux projets.

En revanche, la Section n'a été saisie que d'un petit nombre de projets de lois : à l'exception de la traditionnelle loi de financement de la sécurité sociale, les projets examinés en 2002 concernent essentiellement des questions de droit du travail. Tel est le cas en particulier du projet de loi, traité en liaison avec la Section des travaux publics, sur la maîtrise des risques technologiques, du projet de loi portant création d'un dispositif de soutien à l'emploi des jeunes en entreprise, du projet de loi relatif aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, du projet de loi relatif à la négociation collective sur les restructurations ayant des incidences sur l'emploi. Il convient d'ajouter un projet de loi sur la rémunération pour le prêt en bibliothèque examiné en liaison avec la Section de l'intérieur.

Enfin, la Section a eu à examiner deux demandes d'avis. La première, relative au régime juridique des contrats d'objectifs et de moyens passés entre les agences régionales de l'hospitalisation et les établissements de santé, a été l'occasion de rappeler la règle selon laquelle le Conseil d'État ne pouvait se prononcer sur des questions posées dans le cadre de litiges devant diverses juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire. Une seconde demande d'avis a porté sur le champ d'application du statut des personnels des industries électriques et gazières ; elle a été examinée en commun avec la Section des travaux publics.

S'agissant des décrets d'opposition à l'acquisition de la nationalité, 161 projets ont été soumis à la Section, soit un nombre un peu plus élevé que celui constaté au cours des années précédentes. La Section, à cette occasion en particulier, été amenée à préciser sa jurisprudence dans les cas où une opposition à la nationalité par mariage ou un retrait est fondé sur un cumul d'infractions pénales. Il y a en pareil cas pour définir l'indignité lieu de combiner les



critères tirés de l'ancienneté des faits, de leur répétition, de la nature des infractions et de la gravité des actes commis.

L'examen de plusieurs textes a enfin été l'occasion pour la Section de rappeler un certain nombre de règles générales et de procédure qui doivent gouverner la présentation des projets.

Questions de portée générale

La Section a tout d'abord été amenée à rappeler la nécessité de procéder en temps utile aux **consultations obligatoires** notamment pour ce qui concerne l'outre-mer. Il a été précisé qu'il convenait toutefois de vérifier le caractère obligatoire de ces consultations par un examen précis des textes applicables.

Si la Section n'a pas eu à examiner de nouveau Code en 2002, à l'exception de quelques articles concernant la partie réglementaire du Code de la santé publique, elle a cependant eu à régler des questions relatives à l'insertion des dispositions réglementaires correspondant au nouveau Code de la mutualité et a constaté que tant que la partie législative du nouveau Code de la mutualité ne sera pas complétée par une nouvelle codification de la partie réglementaire de ce Code la transparence et la lisibilité de la réglementation, en la matière, demeureront insuffisantes. La coexistence, même provisoire, de dispositions réglementaires anciennes et nouvelles ne peut en particulier être regardée comme une solution satisfaisante.

La Section a donc rappelé que la seule démarche adéquate consistait à insérer, au fur et à mesure de leur publication, tous les nouveaux décrets dans la partie réglementaire actuelle du Code, à charge pour le gouvernement, une fois tous ces textes publiés, de procéder à la refonte de cette partie réglementaire en vue d'en assurer l'harmonisation avec la nouvelle partie législative du même Code.

La Section a dû procéder à de nombreuses **disjonctions de dispositions réglementaires** non conformes aux dispositions législatives qu'elles visaient à appliquer. Elle appelle à cet égard l'attention du gouvernement sur l'importance d'une vigilance propre à assurer la légalité des dispositions réglementaires d'application de la loi sociale en vue de se prémunir contre les actions contentieuses toujours nombreuses dans ce secteur.

Ainsi, l'article L. 227-4 du Code de l'action sociale et des familles confie-t-il aux autorités préfectorales la protection des mineurs accueillis à l'occasion des vacances scolaires, des congés professionnels et des loisirs, quel que soit leur âge, et de quelque manière que soit organisée leur prise en charge. En conséquence, dès lors qu'en vertu de l'article L. 227-5 du même Code, un décret en Conseil d'État devait préciser les modalités d'application de cet accueil, et compte tenu de la généralité des termes de la loi, il n'appartenait pas à ce décret de redéfinir le champ d'application de ce contrôle. S'il existe des difficultés d'application de ce dispositif général, seul le recours au législateur permettra de les résoudre.



Plusieurs projets ont enfin donné lieu à l'examen de leur **compatibilité avec les directives européennes** qu'il s'agisse de projets portant transposition de directives ou de projets de textes réglementaires d'application de lois soumis à l'obligation de conformité avec les directives en cause, tendant ou non à mettre fin à des contentieux communautaires délicats, comme en matière d'interdiction du travail de nuit des femmes.

Principaux textes examinés

Organisation ministérielle

La Section a examiné les projets relatifs aux attributions, d'une part, du ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et, d'autre part, du ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées. Le nouveau découpage intervenu entre les ministères sociaux, marqué en particulier par le fait que le ministère de la Santé constitue un département ministériel de plein exercice possédant des attributions en matière de sécurité sociale, a soulevé de délicates questions quant aux conditions dans lesquelles chacun des départements ministériels pouvait être mis en mesure d'exercer toutes ses compétences.

Sécurité sociale

Loi de financement de la sécurité sociale

Le septième projet de loi de financement de la Sécurité sociale examiné par la Section sociale, s'il a, comme les précédents, conduit celle-ci à déplorer le caractère extrêmement tendu de son calendrier d'examen, le défaut d'homogénéité des agrégats utilisés pour les comptes de la sécurité sociale et pour la fixation des objectifs de dépenses arrêtés par la loi, la faiblesse du rapport d'orientation, s'est révélé sensiblement plus court, et moins chargé en dispositions étrangères à l'objet des lois de financement de la sécurité sociale tel que défini par l'article L.O. 111-3 du Code de la sécurité sociale. Aussi bien n'a-t-il été procédé à la disjonction que de deux catégories de dispositions figurant dans le projet : celles relatives au contrôle médical et celles concernant les accidents du travail ; ces dispositions, bien qu'elles soient susceptibles d'exercer indirectement, et dans le long terme, une influence sur l'équilibre financier des régimes obligatoires de base, n'étaient pas de nature à affecter, dans l'immédiat, directement et significativement, cet équilibre.

Autres textes sur la sécurité sociale

La Section a eu en particulier à examiner les nombreux textes réglementaires nécessaires à l'application de la loi instituant un **congé de paternité**. Ces textes concernaient à la fois les salariés soumis au droit du travail quel que soit leur régime de rattachement ainsi que les personnels médicaux, et les agents de la fonction publique hospitalière. Elle a, en outre, été saisie de plusieurs



textes sur les prestations familiales concernant, d'une part, les prestations servies aux enfants handicapés et, d'autre part, diverses simplifications des formalités exigées pour l'attribution de différentes prestations. La Section a également examiné un projet de décret relatif aux conditions d'exercice des professionnels de santé délivrant des soins palliatifs à domicile. Elle a, en outre, été saisie d'un projet de texte relatif à la création d'une allocation dite « équivalent retraite ».

Travail, emploi, formation professionnelle

Droit du travail

En matière de droit du travail, plusieurs textes examinés par la Section ont concerné tant les questions de **sécurité** que le **temps de travail**. À la suite de l'explosion de l'usine AZF à Toulouse, a été examiné en février 2002 un premier projet de loi sur la maîtrise des risques technologiques. Il s'agissait essentiellement de renforcer les dispositifs d'alerte et les modalités de coordination, sur un même site industriel, entre l'entreprise principale et ses sous-traitants en associant les représentants des salariés à cet effort de coordination. Ce texte a fait l'objet en novembre d'une nouvelle saisine du Conseil d'État. La question de la sécurité au travail s'est aussi posée à l'occasion de l'examen de plusieurs décrets concernant la prévention des explosions et de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail.

Le nouveau régime **d'aménagement et de réduction du temps de travail** avait prévu la mise en place de « comptes épargne-temps » permettant aux salariés, qui ne pouvaient ou ne souhaitaient pas bénéficier dans l'immédiat des allègements d'horaires, de capitaliser les heures travaillées en sus de la durée légale et de détenir un droit à congé. Plusieurs décrets sont venus préciser la portée de ce dispositif. La Section a aussi examiné un projet de décret d'application de la loi de transposition de la directive européenne du 23 novembre 1993 relative à la durée et aux conditions de travail et portant notamment application de la loi n° 2001-397 du 19 mai 2001 sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et mettant fin à l'interdiction du travail de nuit des femmes.

Le Conseil d'État a examiné le **projet de loi relatif aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi** :

1) une première série de dispositions avaient pour objet d'assouplir et de simplifier les conditions dans lesquelles la réduction du temps de travail est mise en œuvre, sans revenir sur l'essentiel des lois du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000, et notamment sur la fixation à 35 heures de la durée légale du temps de travail. Une des modifications importantes, à cet égard, avait trait à la définition du niveau du contingent d'heures supplémentaires au-delà duquel se déclenche le repos compensateur, niveau qui devrait désormais relever de la négociation collective.

2) le projet tendait ensuite à mettre fin au mécanisme de garantie complémentaire prévu par l'article 32 de la loi du 19 janvier 2000. Ce mécanisme, s'il était destiné à corriger, dans le sens d'une plus grande égalité, les effets sur le pouvoir d'achat des salariés payés au SMIC du passage de 39 à 35 heures,

avait engendré un dispositif complexe et inégalitaire, puisque coexistaient cinq garanties complémentaires, de valeur différente selon la date de la réduction du temps de travail. Lorsque le projet de texte devenu la loi du 19 janvier 2000 avait été initialement soumis pour avis au Conseil d'État, celui-ci avait fait observer au Gouvernement qu'une limite dans le temps devait à tout le moins être prévue pour l'application de ce mécanisme de garantie. Tel était de fait l'objectif de l'article 32 du projet posant le principe que le dispositif en vigueur prendra fin au plus tard le 1^{er} juillet 2005, date à laquelle un SMIC unique sera à nouveau appliqué à l'ensemble des salariés concernés. Le Conseil d'État s'en est félicité.

3) Le projet du gouvernement avait enfin pour objet de réformer les règles de réduction des cotisations patronales de sécurité sociale issues de la loi du 4 août 1995 (art. L. 241-13 du Code de la sécurité sociale) et des lois des 13 juin 1998 et 19 janvier 2000 relatives aux 35 heures (art. L. 241-13-1 du même Code). L'intention du gouvernement était de créer un régime de réduction unique, dégressif jusqu'à 1,7 SMIC, et de mettre fin au lien créé par les lois de 1998 et 2000 entre le passage aux 35 heures et les réductions de cotisations patronales.

Après avoir constaté que le nouveau régime d'allègement proposé n'était pas une aide d'État au sens de l'article 87 du traité instituant la Communauté économique européenne, et qu'eu égard à son entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2003, il n'avait pas à être pris en compte par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, la Section sociale a examiné la conformité du projet au principe constitutionnel de respect des clauses contractuelles. Elle a constaté que si le projet prévoyait l'abrogation de dispositions qui avaient incité à la conclusion d'accords de passage aux 35 heures, cette suppression, eu égard aux contreparties prévues par le projet et au caractère par nature provisoire des mécanismes de réduction issus des lois de 1998 et 2000, ne portait pas atteinte à l'équilibre desdits accords.

Enfin, dans un souci de sécurité juridique, le projet validait les accords de passage aux 35 heures conclus dans des conditions dérogatoires au droit commun dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, et confirmait la protection contre le licenciement des salariés qui avaient négocié ces accords. Le projet prévoyait dans le même temps de supprimer ces formes dérogatoires d'accords. Afin d'éviter la création d'un vide juridique, le Conseil d'État a tenu à ce que le gouvernement inclue dans le projet une disposition permettant que ces accords puissent être le cas échéant révisés ou renouvelés dans les conditions qui avaient présidé à leur conclusion.

Emploi

Le domaine de l'emploi a fait l'objet de deux textes significatifs. Il s'agit tout d'abord du nouveau dispositif dit du **contrat emploi jeunes** ouvert aux jeunes les moins qualifiés, associé à une réduction des charges sociales des entreprises. Le projet de loi portant « création d'un dispositif de soutien à l'emploi des jeunes en entreprise », devenu la loi n° 2002-1095 du 29 août 2002, poursuit l'objectif classique de favoriser l'embauche des jeunes (ici des 16 à moins de 23 ans) non qualifiés.



Le projet de loi « relatif à la négociation collective sur la restructuration ayant des incidences sur l'emploi », examiné par le Conseil d'État à la fin de l'année, présente plusieurs originalités. Il suspend tout d'abord certaines des dispositions de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 relatives au droit des licenciements pour cause économique. Pendant cette période de suspension (de 2 ans et demi au maximum), les organisations professionnelles et syndicales sont invitées à négocier un accord national et interprofessionnel afin de contribuer à la préparation d'un futur projet de loi. Par ailleurs, les entreprises elles-mêmes sont incitées à participer à la redéfinition des règles par la conclusion d'accords expérimentaux valables pour deux années. Ces accords d'entreprise pourront déroger à quelques-unes des règles, limitativement énumérées, du Code du travail, à l'image de ce qui est déjà possible dans le domaine de la durée du travail. Au surplus, ce qui est plus nouveau encore, le projet exige que ces accords soient des accords dits « majoritaires » c'est-à-dire qu'il en subordonne la validité au fait qu'ils soient signés par des organisations qui auront recueilli la majorité des voix aux dernières élections du comité d'entreprise.

Sur la question de la suspension de dispositions législatives en cours, le Conseil d'État a relevé la rareté de ce procédé, mais a noté qu'il n'était pas sans précédent (par exemple sur l'application de dispositions du Code de service national suspendu par la loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997). Il a, cependant, remarqué, sans y faire d'objection, l'originalité de l'objectif de cette suspension, favoriser le développement d'arrangements contractuels pendant une période à l'issue de laquelle seraient proposées au Parlement de nouvelles règles législatives inspirées par les initiatives intervenues.

Formation professionnelle

La Section Sociale a examiné plusieurs textes mettant en place l'institution d'un congé de validation ainsi qu'un dispositif de validation des acquis de l'expérience reposant sur l'institution d'un congé de validation ainsi que la création d'un répertoire national des certifications professionnelles, et d'un dispositif de contrôle des organismes qui assisteront les candidats dans leur demande de validation.

Santé

Questions de santé publique

Parmi les questions relatives à la santé publique, la Section a eu à se prononcer sur de délicates questions touchant aux frontières de l'éthique et de l'approche sociale. Tel a été le cas en particulier du projet de décret relatif à l'interruption médicale de grossesse pour cause de malformation du fœtus ou de risque médical grave encouru par la mère, cas dans lesquels une procédure spéciale d'information et de coordination des équipes médicales et sociales est prévue. Tel a été également le cas du décret portant application de la loi qui autorise la stérilisation des personnes handicapées sous réserve du respect d'une procédure rigoureuse dont la compatibilité avec la convention européenne des droits de l'homme a été examinée. Tel a enfin été le cas du projet de décret fixant les conditions de réalisation des IVG en dehors des établissements de santé par



voie médicamenteuse, pour lesquelles la Section a exigé une attestation de la détention d'une qualification professionnelle suffisante du médecin prescripteur ainsi que des garanties de suivi médical de la patiente.

Décrets d'application de la loi relative aux droits des malades

Le Conseil d'État a examiné plusieurs décrets d'application des dispositions de la loi relative aux droits des malades. Une première série de ces projets concernait l'indemnisation de l'aléa thérapeutique qui a conduit à la mise en place de commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, ainsi que d'une commission nationale des accidents et d'un office national des accidents médicaux.

Une deuxième série de textes concernait les modalités de la communication directe du dossier médical aux patients dans les conditions nouvelles définies par la loi. À propos d'une disposition du décret relatif à l'accès du mineur aux informations personnelles détenues par les professionnels et les établissements de santé en application des articles L. 1111-7 et L. 1112-1 du Code de la santé publique, la Section sociale a estimé qu'un juste équilibre devait être trouvé entre la nécessité, pour les parents responsables de la protection de la santé de l'enfant, de disposer des informations nécessaires à l'accomplissement des obligations qui leur incombent en vertu de l'article 371-2 du Code civil, et l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique qui ouvre aux mineurs un nouveau droit leur permettant de garder le secret sur leur état de santé. C'est pourquoi l'insertion dans le décret d'une disposition conduisant le médecin à tenter de convaincre le mineur de permettre à ses parents d'accéder aux informations le concernant a été jugée indispensable. En cas d'opposition du mineur, il est apparu que seul un juge pouvait trancher entre les intérêts également légitimes en présence. Cette intervention ne pouvait être rendue possible que par le législateur.

Enfin, un dernier texte d'application de la loi « droit des malades » a porté sur la création d'un institut national de prévention et d'éducation pour la santé et d'un comité national de prévention.

Organisation hospitalière et planification sanitaire

Des textes importants ont concerné l'organisation hospitalière. Il s'agit tout d'abord de modifications portant sur les syndicats inter-hospitaliers en vue de favoriser leur constitution. Il s'agit ensuite de la réforme des régimes d'autorisation des services de dialyse rénale d'une part, et de réanimation néo-natale d'autre part en vue de définir de nouvelles normes de sécurité et d'encadrement des services hospitaliers. La Section a estimé que les dispositions de l'article L. 6122-2 du Code de la santé publique faisaient obstacle à ce que la délivrance des autorisations d'activité des établissements sanitaires soit soumise par la voie réglementaire à d'autres conditions que celles liées aux besoins de la population définis par la carte sanitaire et le schéma d'organisation sanitaire ou au fonctionnement technique des installations. Aussi une disposition réglementaire obligeant un établissement ou un centre de traitement de l'insuffisance rénale chronique qui sollicite une autorisation, à se



doter des services d'une pharmacie à usage intérieur a-t-elle été disjointe. La Section a également examiné un projet de décret venant renforcer les normes applicables en matière de stérilisation des appareils médicaux.

Le régime des marchés publics passés par ces établissements s'est trouvé profondément réformé avec l'accord de la Section afin d'adapter comme le prévoit le Code de la santé publique l'organisation de la commande publique aux spécificités propres des grands établissements publics de santé.

Les statuts des différentes catégories de personnels médicaux, notamment les praticiens hospitaliers ont connu d'importantes modifications pour tenir compte d'une part de la directive européenne qui intègre les gardes et astreintes dans le temps de travail et d'autre part des différents protocoles signés entre le gouvernement et les organisations syndicales en vue de réduire la durée du temps de travail des médecins hospitaliers. Ces modifications ont recueilli l'accord de la Section.

Des textes parallèles ont été pris pour la fonction publique hospitalière : ils ont également pour objet la réduction de la durée du travail, la création d'un compte épargne temps et le respect des engagements pris dans le cadre des différents protocoles. La Section a été particulièrement attentive aux dispositions visant à remédier à la pénurie de personnel médical et non médical dans les établissements de santé, et à la nécessité absolue de concilier les droits individuels à « RTT » des praticiens avec l'impératif de continuité des soins.

Études médicales

À la suite de la création, par le législateur, d'un diplôme d'études spécialisées de gynécologie médicale, distinct du diplôme de gynécologie-obstétrique, la Section sociale a été saisie d'un projet complétant pour tenir compte de cette novation le décret du 7 avril 1988 fixant l'organisation du troisième cycle des études médicales.

Action sociale

S'agissant de l'action sociale, les textes examinés par la Section ont concerné le régime de fonctionnement des établissements sociaux et médico-sociaux du secteur public ainsi que l'instauration d'une durée d'équivalence à la durée légale du travail. Le régime des professions sociales a aussi été modifié avec la création d'un certificat d'aptitude aux fonctions de directeur d'établissement ou de service d'intervention sociale et d'auxiliaire de vie sociale. Un autre projet de décret, enfin, a précisé les modalités de validation des acquis de l'expérience dans le secteur de l'action sociale.

En ce qui concerne les établissements d'hospitalisation privée dits « sous objectif quantifié national » (OQN), la Section a examiné un projet de décret arrêtant le contrat d'objectifs et de moyens qui prévoit sur le moyen terme l'activité et la tarification de ces établissements.

La Section a en outre examiné un projet de décret généralisant et améliorant significativement les régimes des bourses d'études des étudiants en travail social.



Dans le champ de l'action sociale a par ailleurs été examiné un projet de décret portant réforme de l'adoption qui renforce les garanties des familles et développe les possibilités d'adoption tout en portant création d'un conseil national pour l'accès aux origines personnelles dont la mission est de rechercher les voies d'une conciliation entre la volonté de secret de la mère ayant accouché sous X et le désir des enfants de connaître leurs origines.

La Section note, en revanche, qu'elle n'a été saisie que d'un seul texte d'application de la loi du 2 janvier 2002 portant rénovation de l'action sociale, ce qui aboutit à en différer l'application effective.

Outre-mer

La Section a eu en 2002 à examiner plusieurs projets d'ordonnances relatives à la protection sanitaire et sociale, au droit au travail et à l'emploi ainsi qu'à l'extension et à la généralisation des prestations familiales à Mayotte. Ces textes ont permis de soulever, outre les problèmes liés au champ de l'habilitation, des questions spécifiques au droit applicable à Mayotte. Le Conseil d'État a en particulier estimé qu'aucun élément pertinent, justifié par la situation particulière de Mayotte ne permettait de s'écarter de l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale qui définit les conditions d'attribution des prestations familiales et donc de plafonner à trois enfants par mère le nombre d'enfants élevé ouvrant droit au bénéfice d'une majoration par enfant élevé. En revanche, le Conseil d'État a admis qu'il était loisible pour le calcul des pensions de vieillesse de moduler la bonification prévue en fonction du nombre d'enfants élevés.

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie, la Section a examiné deux projets de lois du pays, l'une portant diverses dispositions d'ordre social, l'autre relative aux entreprises établies hors de Nouvelle-Calédonie. À l'occasion du premier de ces textes, le Conseil a considéré que son contrôle sur les lois du pays n'impliquait pas qu'il soulevât d'office la question de la conformité à la Constitution d'une disposition législative de la République dont la loi du pays faisait application. En outre, à l'occasion du second texte, la Section a contrôlé, d'une part le respect d'une règle constitutionnelle tirée du Préambule de la Constitution en exigeant l'introduction dans le projet de loi du pays d'une disposition prévoyant la représentation des travailleurs détachés dans les entreprises d'accueil, d'autre part la conventionnalité du projet de loi de pays qui lui était soumis au regard de nombreuses Conventions de l'OIT (notamment n° 81 sur l'inspection du travail, 1947 ; n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 et n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949) et de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, conventions internationales applicables en Nouvelle-Calédonie. La Section a réitéré à cette occasion la nécessité d'une codification des textes en matière sociale applicables en Nouvelle-Calédonie.



Statistiques

En 2002, la Section sociale a tenu 61 séances ; au cours de l'année, la Section a examiné 316 textes, dont 7 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Lois et ordonnances	11	7 (a)	5 (b)	7 (c)	17	22	7 (d)
Lois du pays	-	-	-	-	2	5	2
Décrets article 37 et autres	105	143	111	148	99	121	145
Décrets individuels, arrêtés et décisions	285	248	205	148	148	139	161
Avis	3	3	1	3	2	-	1
Total	404	401	322	306	268	287	316

(a) Compte non tenu de l'examen de projets de loi examinés en liaison avec d'autres Sections.

(b) Compte non tenu de l'examen de projets de loi examinés en liaison avec d'autres Sections et de l'examen de livres du projet du Code de la santé publique.

(c) Compte non tenu de l'examen d'un projet de loi examiné en liaison avec une autre Section et de l'examen de 2 livres du projet de Code de la santé publique.

(d) Compte non tenu de l'examen de 4 projets de loi examinés avec d'autres Sections.

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2002

Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
7	2	4	1	-

Tableau 3
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministère d'origine	Lois	Décrets réglementaires	Décrets individuels	Avis	Lois du pays	Total
Économie, finances et industrie	-	2	-	-	-	2
Emploi et solidarité	4	124	161	1	-	290
Éducation nationale, recherche et technologie	-	7	-	-	-	7
Équipement, transports et logement	-	5	-	-	-	5
Agriculture et pêche	-	7	-	-	-	-
Outre-mer	3	-	-	-	-	3
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	2	2
Total	7	145	161	1	2	316

Tableau 4

Répartition par matière des textes examinés

Matières	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Lois et décrets réglementaires :							
Santé publique <i>(dont fonction publique hospitalière)</i>	54 12	83 26	63 19	61 24	52 15	63 23	62 18
Sécurité sociale	22	21	23	52	30	33	34
Autres affaires sociales	6	11	11	9	10	15	12
Travail, emploi et formation professionnelle	31	27	18	30	18	32	41
Juridictions : prud'hommes	-	3	-	-	-	-	-
Anciens combattants	3	3	1	1	-	-	-
Divers	-	2	-	2	6	-	3
Décrets individuels :							
Legs	3	2	-	2	-	5	-
Nationalité	281	246	205	146	148	134	161
Thermalisme	1	-	-	-	-	-	-
Avis et lois du pays :							
Santé	2	3	1	3	-	5	1
Sécurité sociale	1	-	-	-	-	-	2
Travail	-	-	-	-	2	-	-
Anciens combattants	-	-	-	-	-	-	-
Éducation nationale	-	-	-	-	1	-	-
Agriculture	-	-	-	-	1	-	-
Total	404	401	322	306	268	287	316



Récapitulatif des statistiques pour 2002

Tableau 1
Activité de l'ensemble des formations administratives du Conseil d'État

	Section de l'intérieur	Section des finances	Section des travaux publics	Section sociale	Commission permanente	Total	dont Assemblée générale
Lois	15	61	9	4	3	92	89
Ordonnances	4	1	4	3	-	12	12
Lois du pays	-	5	-	2	-	7	-
Décrets réglementaires	180	256	146	145	-	727	-
Décrets individuels, arrêtés, décisions	179	21	47	161	-	408	-
Avis	14	2	5	1	-	22	4
Total	392	346	211	316	3	1 268	105

Tableau 2
Évolution de l'activité des formations administratives au cours des cinq dernières années

	1998	1999	2000	2001	2002
Lois, ordonnances et lois du pays	125	97	112	117	111
Décrets réglementaires	547	557	617	587	727
Décrets individuels, arrêtés, décisions	758	523	583	562	408
Avis	14	18	29	8	22
Total	1 444	1 195	1 341	1 274	1 268

Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution

Le nombre de textes examinés en 2002 est resté très stable par rapport aux deux années précédentes : le Conseil d'État a ainsi rendu cette année un avis au Gouvernement sur 342 propositions d'actes communautaires, contre 366 en 2001 et 344 en 2000.

Sur ce total, les deux tiers des textes (soit 228 projets d'actes) ont été considérés comme comportant des dispositions de nature législative et devant par conséquent être soumis au Parlement français. Cette proportion est également quasiment identique à celle constatée en 2000 et 2001.

C'est une nouvelle fois la Section des finances qui a été la plus sollicitée (160 textes examinés), devant la Section des travaux publics (113 textes), puis la Section de l'intérieur (55 textes) et enfin la Section sociale (14 textes).

Les délais très brefs impartis au Conseil d'État pour rendre son avis par la circulaire du Premier ministre en date du 13 décembre 1999 ont été respectés. Ainsi, compte tenu de l'urgence signalée par le Gouvernement, 24 avis ont été rendus en moins de 24 heures et 58 avis en moins de trois jours. Le délai moyen constaté pour l'ensemble des textes soumis au Conseil d'État est quant à lui inférieur à six jours.

Afin notamment de rendre un avis le plus rapidement possible, le Conseil d'État s'est d'ailleurs doté, en 2002, d'un logiciel informatique dénommé BADOPAC. Celui-ci permet, d'une part, d'accéder à un moteur de recherche, qui contient les quelque cinq mille avis rendus depuis septembre 1992, et, d'autre part, de travailler, pour les différents services intervenant dans le cadre de la procédure (secrétariat général et Sections administratives), sur support informatique depuis la réception d'une proposition d'acte communautaire jusqu'à l'envoi de l'avis y afférent.

L'année 2002 a été marquée par une forte augmentation du nombre de saisines en matière de politique étrangère et de sécurité commune : 11 documents ont été examinés, contre un ou deux seulement les années précédentes.

Le ministère des Affaires étrangères s'est en effet engagé, à la suite de demandes émanant du Parlement, à transmettre au Conseil d'État tous les projets d'actes susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 88-4 de la Constitution. Il s'agit le plus souvent de textes concrétisant, au niveau de l'Union européenne, les mesures décidées au sein du Conseil de Sécurité des Nations unies (par exemple, limitation des échanges commerciaux et interdiction de fournir du matériel de guerre à certains États, saisie ou

gel des avoirs financiers de dirigeants étrangers, de sociétés ou de particuliers...).

Des propositions d'actes communautaires importantes ont été examinées en 2002, notamment :

- une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence ferroviaire européenne ;
- une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux ;
- une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur ;
- une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, le contrôle, la transformation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains ;
- une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit aux consommateurs ;
- une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les offres publiques d'acquisition.

À l'issue d'une réflexion menée conjointement par le Gouvernement et le Conseil d'État, une « circulaire relative aux demandes d'avis du Conseil d'État au stade de la négociation des directives et décisions-cadres communautaires », préparée par le SGCI, devrait être publiée au début de l'année 2003. En effet, pour un nombre limité de textes, la question de l'incidence potentielle des négociations sur notre droit interne mérite une particulière attention (nécessité éventuelle de modifier la Constitution, difficultés prévisibles lors de la transposition...).

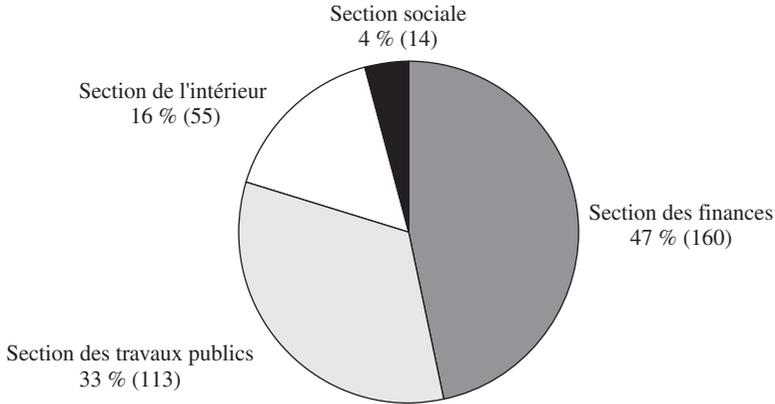
Au cours des premières années de mise en œuvre de la procédure issue de l'article 88-4 de la Constitution, le Conseil d'État avait d'ailleurs spontanément alerté à plusieurs reprises le Gouvernement, au-delà de la détermination de la nature législative ou réglementaire des projets d'actes, sur la portée de certains textes. Cependant, cette procédure d'examen au fond est tombée en désuétude, en raison notamment des délais d'examen très brefs impartis aux Sections administratives pour rendre leur avis.

Or, il est essentiel que le Conseil d'État soit en mesure d'émettre un avis sur les projets d'actes de l'Union européenne susceptibles d'avoir des conséquences juridiques importantes. Il s'est donc avéré nécessaire de définir une nouvelle procédure permettant au Gouvernement d'adresser au Conseil d'État une demande d'avis relative aux enjeux juridiques de la négociation communautaire en cours. La nouvelle circulaire préparée par le SGCI offrira ainsi la possibilité au Conseil d'État d'intervenir également, en tant que conseiller juridique du Gouvernement, en amont de l'adoption de certains textes émanant de l'Union européenne.

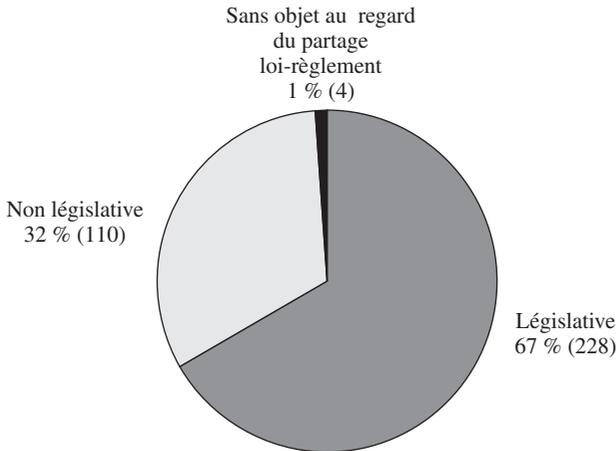


Les graphiques suivants indiquent le bilan statistique de l'année 2002 concernant l'examen des propositions d'actes communautaires transmises pour avis au Conseil d'État :

Répartition des textes par section administrative



Répartition des textes par nature



Activité de la Section du rapport et des études



Les études et leurs suites

Parmi les missions qui incombent au Conseil d'État les études réalisées à la demande du Premier ministre tiennent une place importante à trois titres.

Elles sont d'abord la manifestation du fait que le contenu de la fonction consultative du Conseil d'État ne se limite pas à l'examen de projets de textes normatifs et au traitement de demandes d'avis sur des questions de droit mais comporte aussi des réponses aux demandes de réflexion approfondie et de propositions opératoires sur des sujets les plus variés, demandes destinées à éclairer suffisamment en amont l'orientation de politiques publiques.

Elles sont ensuite l'occasion d'une coopération, organisée sur plusieurs mois, de membres du Conseil d'État avec des représentants non seulement de diverses administrations d'État mais de divers intérêts publics ou privés, au sein d'un groupe de travail dont la composition a pour objectif de garantir une confrontation suffisante de points de vue, qui définit librement sa méthode d'approche du sujet et dont le rapport final détermine en fait très largement l'analyse et les propositions en définitive retenues par le Conseil d'État dans l'étude remise au Premier ministre.

Enfin, ces études, qui sont publiées par la Documentation française, sont une source d'information synthétique et de réflexion prospective propre, le cas échéant, à éclairer et à enrichir le débat public.

L'activité d'étude en 2002

Une étude, portant sur les **redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public**⁶, qui avait fait l'objet d'une lettre de mission du Premier ministre du 11 mars 2002, lui a été remise fin octobre 2002 et a été publiée fin novembre 2002.

La lettre de mission invitait le Conseil d'État à clarifier tant la distinction entre redevances pour service rendu et imposition de toute nature que le régime respectif des redevances pour service rendu et des redevances pour occupation du domaine public et, notamment, les principes devant présider à la détermina-

6 - *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, coll. « Les études du Conseil d'État », Paris, la Documentation française, novembre 2002.



tion du montant de ces redevances et les procédures à suivre par l'administration, en mettant l'accent sur l'impact économique des solutions susceptibles d'être retenues.

Les questions sous-jacentes à cette étude concernaient ainsi non seulement le fonctionnement de services publics allant de la distribution d'eau à la diffusion du droit par internet ou les conditions d'utilisation de grands équipements publics (autoroutes, aéroports, ports...) mais aussi l'exercice d'activités économiques ayant pour support nécessaire une dépendance du domaine public, qu'il s'agisse de la voirie ou des fréquences hertziennes.

Dans le souci d'une confrontation approfondie de l'approche économique et de l'approche juridique des questions à traiter, un groupe de travail restreint à dix membres a été constitué pour dégager une problématique commune. Ce groupe a ensuite procédé à de nombreuses auditions de personnalités ayant en charge la fixation de redevances dans différents secteurs ou étant amenées par leurs fonctions à évaluer et apprécier les répercussions économiques et sociales du droit et des pratiques en matière de redevances. Le fruit des auditions et réflexions du groupe de travail a, comme à l'accoutumée, donné lieu à un projet délibéré en Section du rapport et des études et la version définitive de l'étude a été adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État.

L'étude comprend trois parties. La première, consacrée aux redevances pour services rendus, fait le point de façon précise sur la problématique du financement du service public par le budget général ou par les bénéficiaires du service, rappelle les modalités d'institution des redevances et, surtout, clarifie les apports de la jurisprudence administrative en ce qui concerne tant les limites juridiques du recours aux redevances, notamment pour le financement de missions de police au sens large, que les règles de tarification et les possibilités de modulation.

La deuxième partie de l'étude, consacrée aux redevances domaniales, rappelle le fondement du caractère onéreux de l'occupation du domaine public et les spécificités de sa tarification telles qu'elles sont définies par le Code du domaine de l'État et contient des développements substantiels sur le cas particulier des redevances d'utilisation du spectre hertzien et les interrogations auxquelles peuvent donner lieu les pratiques suivies en la matière.

Enfin, dans la troisième partie, le Conseil d'État analyse l'émergence de questions nouvelles qui mettent en évidence une certaine inadaptation du cadre juridique traditionnel qu'il s'agisse de la tarification des données publiques, de la nature des dépenses pouvant être financées par les péages autoroutiers, de l'impact du droit de la concurrence sur le niveau des tarifs de redevances ou de la question de l'égalité d'accès aux infrastructures essentielles. Il apparaît ainsi que certains ajustements pourraient être apportés aux règles actuellement posées par le Code du domaine de l'État en matière de tarification des redevances domaniales, notamment pour ouvrir la possibilité de recourir à des mécanismes d'enchères et aménager le rythme de paiement des redevances. S'agissant, en revanche, du régime des redevances pour services rendus, il ne paraît pas indispensable de transcrire l'encadrement jurisprudentiel de la tarification dans un texte normatif de portée générale. La question est plutôt de poursuivre une évolution jurisprudentielle déjà amorcée, en admettant la prise

en compte de l'utilité retirée du service rendu dans le mode de calcul de la redevance. Autrement dit, dans le partage entre redevance et imposition, le critère fondamental doit rester celui de la contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage. Cependant, la valeur de cette contrepartie n'est pas nécessairement toujours plafonnée au coût du service et peut être fonction de la structure, plus ou moins concurrentielle, de la demande.

D'une manière plus générale, l'apport conceptuel de cette étude est d'établir un lien et de rechercher la meilleure cohérence possible entre l'analyse économique des concepts de coût et de juste prix et les catégories du droit constitutionnel, du droit administratif et du droit budgétaire. Si le Conseil d'État a dû constater que, même en s'en tenant au budget de l'État, il n'existait aucune statistique permettant d'évaluer de manière suffisamment exhaustive le montant total des redevances perçues, certains éléments chiffrés rassemblés par la direction du Budget et la direction générale des Impôts, qui figurent en annexe de cette étude, montrent l'enjeu financier des questions traitées.

Suites données aux études antérieures

Les conclusions de l'étude sur **la publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs**⁷, remise au Premier ministre en octobre 2001, ont rapidement fait l'objet d'une décision de principe : le relevé de décisions du comité interministériel pour la réforme de l'État, tenu le 15 novembre 2001, mentionnait en effet que le gouvernement avait décidé de donner suite aux recommandations que cette étude comportait ; en annexe de celle-ci figurait d'ailleurs un avant-projet de loi relatif aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs destiné essentiellement à actualiser les règles, posées par des textes fort anciens et partiellement contradictoires, relatives à l'entrée en vigueur des lois. Ce projet n'a pas été repris sous cette forme, mais, fin janvier 2003, le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi habilitant le gouvernement à prendre par ordonnances des mesures de simplification administrative dont un des articles, directement inspiré par les conclusions de cette étude, prévoit que, dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le gouvernement serait autorisé à modifier par ordonnances les règles relatives au régime de publicité des lois et des actes administratifs, ainsi que les modalités de leur diffusion par les technologies de l'information et de la communication. On ne peut que se féliciter de voir que cette question, qui, au-delà de sa technicité, est un élément fondamental de l'État de droit, va donc faire l'objet d'une réforme dans les mois qui viennent. Elle devrait être de nature à faciliter une meilleure connaissance, par le citoyen de ses droits et de ses obligations.

7 - *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, coll. « *Les études du Conseil d'État* », Paris, la Documentation française, décembre 2001.



L'étude sur **l'influence internationale du droit français** publiée en septembre 2001⁸ n'avait pas pour principal propos de susciter l'intervention de nouveaux textes normatifs mais plutôt de contribuer à une plus large prise de conscience de la complémentarité du rôle de différents acteurs dans la diffusion de la pensée juridique française, des phénomènes d'hybridation naturelle du droit et des enceintes internationales où doit se jouer une stratégie d'influence juridique. Il serait sans doute présomptueux de rattacher à des suggestions faites dans cette étude telle ou telle prise de position prise en 2002 par les pouvoirs publics, par exemple sur la coordination nécessaire entre des organisations internationales telles que l'OMC et l'OIT ou sur l'idée d'une organisation mondiale de l'environnement.

Il n'empêche que cette étude est apparue, dans plusieurs colloques ou réunions de travail d'institutions publiques ou privées en charge d'actions de coopération internationale, comme un document de référence utile définissant les éléments d'une doctrine consensuelle.

Sur un plan plus pragmatique on peut toutefois regretter que le décret d'application de la loi du 28 février 2002 portant création d'une fondation pour les études comparatives, examiné par le Conseil d'État il y a plusieurs mois, n'ait toujours pas été publié.

Certaines des propositions formulées par le Conseil d'État dans l'étude relative à **l'aménagement du droit des fondations** publiée en 1997⁹ et dans l'étude sur **les associations reconnues d'utilité publique**¹⁰ publiée en 2000 ont été reprises par le décret n° 2002-449 du 2 avril 2002 portant simplification de la procédure administrative applicable aux legs en faveur de l'État, des départements, des communes et de leurs établissements et des associations, fondations et congrégations et au contrôle des actes de disposition des associations ou fondations reconnues d'utilité publique. Ainsi, d'une part les exigences procédurales ayant pour objet de permettre aux héritiers légaux, d'introduire, s'ils s'y croient fondés, des réclamations relatives aux legs en faveur des associations ou établissements reconnus d'utilité publique ont été assouplies et une procédure d'autorisation tacite par le Préfet d'acceptation des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations a été prévue.

Par ailleurs, la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité a, dans son titre IV intitulé de la participation du public à l'élaboration des grands projets, retenu une partie notable des idées qui avaient inspiré les propositions du Conseil d'État contenues dans l'étude **L'utilité publique aujourd'hui**¹¹ publiée fin 1999, à savoir l'idée de garantir la possibilité de participation du public au processus d'élaboration des projets présentant de

8 - *L'influence internationale du droit français*, coll. « Les études du Conseil d'État », Paris, la Documentation française, septembre 2001.

9 - *Rendre plus attractif le droit des fondations*, coll. « Les études du Conseil d'État », Paris, la Documentation française, 1997.

10 - *Les associations reconnues d'utilité publique*, coll. « Les études du Conseil d'État », Paris, la Documentation française, 2000.

11 - *L'utilité publique aujourd'hui*, coll. « Les études du Conseil d'État », Paris, la Documentation française, 1999.

forts enjeux socio-économiques ou ayant des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire par la définition de la mission confiée à la Commission nationale du débat public instance indépendante dotée de moyens ainsi que, pour les projets d'une certaine importance, l'idée de concertation interadministrative associant les élus locaux aux services de l'État, se déroulant préalablement à l'ouverture de l'enquête publique et dont les conclusions motivées doivent être jointes au dossier d'enquête publique.

Enfin, les études **Internet et les réseaux numériques** et **Les lois de bioéthique : cinq ans après**, publiées en 1999 ¹² se sont révélées des documents de référence pour deux chantiers législatifs de première importance. Ils ont pour une large part guidé les travaux du législateur et l'examen par le Conseil d'État des projets qui lui ont été soumis. Il est vraisemblable qu'il en ira de même dans l'avenir dès lors que la mise au jour des normes nécessaires n'a pu être intégralement menée à terme sous la précédente législature et devra sans doute être poursuivi.

À cela est de nature à contribuer l'effort de valorisation des études publiées par le Conseil d'État, qui a déjà débouché en 2002 sur l'organisation avec l'université de Paris I du colloque « L'Administration électronique au service des citoyens ».

D'une manière générale, il est clair que l'utilisation de l'outil de travail que peut représenter une étude du Conseil d'État est étroitement dépendante tant des priorités du programme de travail gouvernemental que d'éléments purement conjoncturels d'ordre politique ou administratif.

Cette réflexion concerne d'ailleurs non seulement les suites données aux études du Conseil d'État mais aussi les commandes d'études que lui adresse le Premier ministre. Il a pu arriver que telle direction d'administration centrale ou telle autorité administrative indépendante demande directement à la Section du rapport et des études de procéder à une étude sur une question d'ordre général. De telles demandes sont évidemment relayées par la Section du rapport et des études au secrétariat général du Gouvernement. En revanche, il est nécessaire de maintenir le principe que les études à réaliser par le Conseil d'État sont, après examen de leur opportunité au niveau interministériel, décidées par le Premier ministre. C'est en effet la lettre de mission du Premier ministre au Vice-Président du Conseil d'État qui légitime le mode d'élaboration de l'étude, lequel repose largement sur la participation effective des administrations et institutions directement intéressées à l'élaboration de principes susceptibles d'être effectivement mise en œuvre par elles-mêmes. Cette maturation collective sous l'impulsion de la Section du rapport et des études exige en pratique quelques mois. Le choix de sujets d'études opératoires à confier au Conseil d'État, études qui ont vocation à être publiées, doit donc s'inscrire dans une vision globale du programme de travail gouvernemental et administratif à moyen terme.

12 - *Internet et les réseaux numériques* et *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, coll. « Les études du Conseil d'État », Paris, la Documentation française, 1999.



Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2002

Le Code de justice administrative énonce dans ses articles L. 911-1 à L. 911-10, R. 921-1 à R. 921-1 à R. 921-8 et R. 931-1 à R. 931-9 les dispositions applicables à l'exécution des décisions rendues par la juridiction administrative. L'article R. 921-8 prescrit à chaque président de tribunal administratif et à chaque président de cour administrative d'appel de rendre compte au président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État, à l'issue de chaque année, des difficultés d'exécution qui leur ont été soumises.

La Section du rapport et des études présente une synthèse des activités à caractère juridictionnel ou non juridictionnel exercées au cours de l'année par l'ensemble des juridictions de l'ordre administratif en vue de pourvoir à l'exécution des décisions de justice qu'elles ont rendues, étant observé que, comme les années précédentes, ne sera pas évoqué ici l'exercice du pouvoir d'injonction que confèrent au juge administratif les dispositions des articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code susmentionné.

Les évolutions constatées en 2002

Les statistiques agrégées pour 2002 font ressortir une remarquable stabilité globale des saisines de l'ensemble des juridictions administratives en vue de l'exécution de leurs décisions : 1 530 affaires enregistrées en 2002 contre 1 538 en 2001. Comme les années précédentes, c'est le contentieux de la fonction publique qui génère le plus de difficultés d'exécution.

Si les saisines du **Conseil d'État** augmentent à nouveau assez sensiblement d'une année sur l'autre (206 en 2002 contre 151 en 2001), on peut aussi constater une tendance moyenne qui est de l'ordre de 200 affaires enregistrées annuellement depuis 1999.

Les demandes d'éclaircissement sont toujours peu nombreuses. La faculté, désormais offerte à toute autorité administrative intéressée, de demander au Conseil d'État de l'éclairer sur les modalités d'exécution d'une décision de justice défavorable n'est utilisée que parcimonieusement. Sans doute reste-t-elle encore mal connue. La Section du rapport et des études s'efforce de répondre à ces demandes dans le délai d'un mois qu'elle s'est fixé.

Les demandes d'aide à l'exécution adressées à la Section du rapport et des études sont en augmentation sensible : 149 demandes enregistrées en 2002

contre 98 en 2001. L'augmentation des procédures d'astreinte ayant donné lieu à des diligences de la Section est moins prononcée : 50 procédures en 2002 contre 43 en 2001.

La Section a traité 245 affaires en 2002, dont 19 affaires d'exécution d'ordonnances de référé. On peut noter que la majorité des affaires d'aide à l'exécution, que la Section du rapport et des études traite seule, sont réglées en moins de six mois. S'agissant des procédures d'astreinte qui trouvent leur conclusion devant la Section du contentieux, il est intéressant de relever que près des trois quarts de ces procédures s'achèvent sur des déclarations de non lieu à statuer qui traduisent le succès des diligences accomplies par la Section du rapport et des études.

Les **cours administratives d'appel** ont été saisies de 500 demandes (469 demandes en 2001) tendant à assurer l'exécution de leurs arrêts ou de jugements frappés d'appel. La légère progression du nombre des saisines a été essentiellement supportée par la cour administrative d'appel de Marseille.

Les mêmes cours administratives d'appel ont traité 383 demandes. Plus des trois quarts de ces affaires ont été réglées en phase non juridictionnelle dans un délai moyen de quatre mois.

Les demandes adressées aux **tribunaux administratifs** ont été moins nombreuses en 2002 (824 demandes) qu'en 2001 (918 demandes). Les mêmes tribunaux ont traité 738 affaires, le plus souvent en phase non juridictionnelle (68 %), étant observé que moins la juridiction est sollicitée et moins elle paraît apte à traiter les affaires au stade « amiable ». Ce qui peut être une indication de la nécessité d'une formation à l'aide à l'exécution.

D'une manière générale, les chefs de juridiction se montrent assez satisfaits de la mise en œuvre des procédures d'exécution, les difficultés rencontrées à cet égard étant le plus souvent surmontées, comme il a été vu, en phase non juridictionnelle et dans des délais raisonnables. La Section du rapport et des études partage cette opinion dominante. La gestion de ces procédures mérite toutefois quelques commentaires. Des observations sur certaines difficultés d'exécution rencontrées pourront en outre présenter quelque intérêt.

Considérations sur la gestion des procédures d'exécution

Plusieurs présidents de juridiction se sont émus à juste titre de constater qu'ils ont été saisis de nombreuses réclamations concernant des jugements ou des arrêts qui ne présentaient aucune difficulté sérieuse d'exécution. Dans la grande majorité des cas, ces réclamations ne procèdent pas d'une utilisation abusive des procédures par les justiciables mais résultent, principalement, d'un comportement regrettable des autorités administratives qui s'abstiennent, par négligence ou mauvaise volonté, de tirer les conséquences de la chose jugée et, dans une moindre mesure, de l'imperfection de certaines procédures en vigueur. La Section du rapport et des études a fait, à partir de sa propre expérience, les mêmes observations.

À cet égard, la question la plus préoccupante est certainement celle du **défaut d'exécution des condamnations pécuniaires**, souvent de faible montant, prononcées par les juridictions. À elles seules, **les condamnations des parties perdantes au titre des frais exposés et non compris dans les dépens prononcées en application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative** constituent une part prépondérante de ces condamnations qui resteraient, en l'absence de diligences particulières des juridictions, soit inexécutées, soit mal exécutées. Les parties perdantes ignorent ou feignent d'ignorer qu'une condamnation au paiement d'une indemnité emporte intérêt au taux légal à compter du prononcé du jugement et que le taux d'intérêt est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire. Il est tout à fait anormal que des garanties accordées par la loi aux justiciables en vue d'assurer une meilleure effectivité du droit au recours deviennent elles-mêmes une source autonome de difficultés d'exécution entraînant un gaspillage d'énergie, de temps et de moyens. Que dire des cas, que l'on rencontre de plus en plus fréquemment, où l'essentiel de la décision de justice a été exécutée à l'exception de la condamnation prononcée en application de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative !

Il est sans doute devenu nécessaire de s'interroger sur l'efficacité du dispositif, auquel renvoient les dispositions de l'article L. 911-9 du Code de justice administrative, conçu pour faciliter l'exécution d'une décision passée en force de chose jugée qui prononce la condamnation d'une personne publique au paiement d'une somme d'argent dont elle a fixé le montant. Les dispositions de l'article 1^{er} de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 organisent, dans une telle hypothèse, une procédure administrative et comptable dont la mise en œuvre par le bénéficiaire de la condamnation devrait garantir à ce dernier le paiement de sa créance sans intervention de la juridiction qui a rendu la décision. Selon la jurisprudence « Lothar » du 6 mai 1998, il n'y a d'ailleurs pas lieu, pour le juge de l'exécution, de faire droit à une demande d'injonction de payer la somme à laquelle une personne publique a été condamnée, précisément en raison de l'existence de cette procédure. Mais tout laisse à penser que les dispositions de la loi du 16 juillet 1980 ne sont connues ni des justiciables et de leurs avocats, ni même des services du Trésor. Aussi, en pratique, la jurisprudence « Lothar » n'est-elle pas opposée au cours de la phase non juridictionnelle de l'aide à l'exécution.

Le président d'une cour administrative d'appel exprime l'irritation ressentie face à ce phénomène de résistance injustifiable à l'exécution des condamnations pécuniaires en envisageant l'idée de doter le juge de l'exécution du pouvoir d'infliger une amende pour « résistance abusive ».

Le maniement de la procédure d'exécution applicable devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel pose **le problème particulier du passage de la phase des diligences, à caractère non juridictionnel, à l'instance devant le juge de l'exécution**. Alors que ces deux phases sont nettement séparées devant le Conseil d'État, il s'agit devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel d'une même procédure qui se poursuit avec un basculement en phase juridictionnelle lorsque sont remplies les conditions définies par les dispositions de l'article R. 921-6 du Code de justice administrative. Selon le sentiment dominant, il convient



d'adopter une conception souple de ce passage afin de parvenir autant que possible à un règlement non contentieux de la difficulté d'exécution. Mais si l'on peut concevoir de ne pas regarder l'expiration du délai de six mois mentionné à l'article R. 921-6 du Code de justice administrative comme impliquant automatiquement l'ouverture de la phase juridictionnelle, il convient alors, corrélativement, dans un souci de bonne administration de la justice, d'accueillir une demande d'astreinte présentée, après l'expiration de ce délai, quand une affaire a fait l'objet d'un classement non contesté dans le délai d'un mois prévu par les dispositions de l'article susmentionné.

L'exécution des ordonnances de référé pose des problèmes particuliers. Le premier est lié à l'exercice des voies de recours qui sont soit l'appel pour certains types de référés, soit le pourvoi en cassation pour le référé-suspension. Dans le cas d'inexécution d'une ordonnance régulièrement frappée d'appel, les dispositions de l'article L. 911-4 donnent compétence à la juridiction d'appel pour en suivre l'exécution. Par contre, dans celui d'une ordonnance régulièrement frappée d'un pourvoi en cassation, la juridiction qui a rendu l'ordonnance reste compétente pour en suivre l'exécution sauf si le juge de cassation, s'étant prononcé, l'a annulée et a utilisé son droit d'évoquer le fond. La situation se trouve encore compliquée par la poursuite parallèle de l'instance au fond devant la juridiction du premier degré. Un deuxième problème est celui de la définition des mesures d'exécution d'une décision qui n'a pas d'autorité de la chose jugée. Les prescriptions ne peuvent consister que dans le réexamen d'une demande ou dans des mesures à caractère provisoire et conservatoire ne pouvant comporter des effets identiques à celles résultant d'une décision au fond qui n'a pas encore été prononcée. Un troisième problème est de répondre correctement à l'urgence qui s'attache au traitement de ce contentieux.

Les rapports des chefs de juridictions font apparaître **l'importance accrue conférée aux problèmes d'exécution des décisions de justice**. Dans nombre de cas, le chef de juridiction a décidé de placer la mission d'aide à l'exécution sous sa responsabilité directe ; parfois, il délègue cette compétence aux présidents de chambres. Quelle que soit la forme d'organisation retenue, c'est l'efficacité qui est recherchée.

Considérations sur certaines difficultés d'exécution signalées en 2002

Demandes d'éclaircissement adressées à la Section du rapport et des études

La Section du rapport et des études a été saisie en 2002 de sept demandes d'éclaircissement en application des dispositions de l'article R. 931-1 du Code de justice administrative. La majorité de ces demandes avaient trait à l'exécution de jugements de tribunaux administratifs. Il paraît utile de mentionner dans le présent rapport, ainsi qu'y invite le dernier alinéa de l'article précité, trois de ces affaires.

La première est relative aux **conséquences à tirer de l'annulation de certaines dispositions à caractère réglementaire d'une circulaire**. Par une décision du 26 novembre 2001, le Conseil d'État a annulé partiellement une circulaire de la caisse nationale des allocations familiales relative aux conditions d'attribution de l'allocation parentale d'éducation à taux partiel. Il a jugé que les auteurs de la circulaire avaient méconnu la loi en excluant du bénéfice de cette allocation les personnes ayant une activité professionnelle à temps partiel dont la durée n'est pas déterminée par référence à la durée légale du travail. Si, généralement, l'annulation de dispositions réglementaires, quel qu'en soit le support, se suffit à elle-même, il peut en aller différemment lorsqu'elle laisse un vide dans le dispositif d'application de la loi. Le ministre compétent a souhaité recueillir l'avis du Conseil d'État sur les conditions de versement de l'allocation parentale d'éducation à taux partiel. La réponse à cette demande, dont on notera que l'objet entrainait dans le champ d'application de l'article R. 931-1 bien qu'il s'étendît, d'une certaine manière, au-delà des modalités d'exécution de la décision de justice entendues strictement, a conduit la Section du rapport et des études à préciser, à partir d'une analyse approfondie de la notion d'« activité professionnelle » qui figure dans la loi, quelle attitude adopter, au plan des principes, pour certaines catégories de salariés et pour les élus locaux. La Section s'est, en revanche, refusée à se prononcer sur le contenu même des mesures à prendre en vue du calcul du montant de l'allocation.

La deuxième affaire a trait aux **conséquences à tirer de la constatation, par un jugement, de la caducité d'un contrat**. Une commune, compétente pour l'exploitation d'un port affecté uniquement à la plaisance, a interrogé le conseil d'État sur les mesures qu'il lui incombait de prendre à la suite de la constatation de la caducité des liens contractuels qui l'unissaient à la société chargée de la gestion du port, avec le souci de valider et de pérenniser ses relations juridiques avec cette société. La Section a admis la recevabilité de cette saisine bien que la commune ait parallèlement interjeté appel du jugement. Une telle position, fondée en droit sur le caractère non suspensif de l'appel, ne devrait pas être systématique. Mais, dans cette affaire, le recours au juge d'appel exprimait davantage un désarroi des autorités communales que la volonté de poursuivre le contentieux. Sur le fond, la Section a transposé au cas de caducité d'un contrat sa doctrine inspirée de la jurisprudence relative à l'exécution de décisions d'annulation, par le juge de l'excès de pouvoir, d'un acte détachable d'un contrat. Elle a considéré que la commune ne pouvait régulariser la situation en prenant un acte unilatéral ou en souscrivant à de nouvelles stipulations contractuelles qui seraient fondées sur le maintien en vigueur de documents contractuels que le tribunal administratif avait jugé caducs. Il appartenait aux autorités communales de se prononcer au plus tôt sur le cadre juridique qu'elles entendaient donner à l'exploitation du port et, dans l'hypothèse d'une gestion déléguée, il leur incombait de procéder au choix du concessionnaire dans le respect des prescriptions législatives imposant le recours à une procédure de publicité permettant la présentation d'offres concurrentes.

La troisième affaire a permis à la Section du rapport et des études de définir **les modalités d'exécution d'un jugement par lequel un tribunal administratif avait annulé un arrêté portant nomination d'un fonctionnaire en qualité de directeur territorial sur l'emploi de secrétaire général d'une**



commune. Ce fonctionnaire, précédemment détaché sur l'emploi de secrétaire général d'une commune de plus de 10 000 habitants, s'était porté candidat à un emploi de même nature dans une autre commune dont il est apparu qu'elle comptait moins de 10 000 habitants et ne pouvait donc légalement proposer un emploi correspondant au grade de directeur territorial. La Section a tout d'abord estimé que le jugement n'emportait aucune conséquence à l'égard de la commune d'origine, l'acceptation de la demande de mutation formulée par le fonctionnaire ayant mis un terme à l'appartenance de ce dernier au personnel de cette commune et l'ayant privé d'un droit à réintégration sur l'emploi précédemment occupé ou sur tout autre emploi de cette commune. La Section a considéré ensuite qu'en application de la théorie jurisprudentielle du « fonctionnaire de fait », les actes signés par le fonctionnaire depuis sa nomination dans la commune d'accueil n'étaient pas affectés par l'illégalité sanctionnée par le jugement et que les rémunérations qu'il avait perçues lui demeuraient acquises au titre du service fait. En revanche, il incombait à la commune d'accueil de mettre fin au détachement de l'intéressé sur l'emploi de secrétaire général à la date de notification du jugement, d'assurer la continuité de sa carrière dans le cadre d'emplois des attachés territoriaux à compter de la date de l'arrêté de nomination annulé par le jugement et de faire application des dispositions statutaires prévues dans le cas où il est mis fin au détachement d'un fonctionnaire occupant un emploi territorial fonctionnel.

Fonction publique

Comme les années précédentes, la Section du rapport et des études, ainsi que les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, ont été mobilisés par le traitement des demandes relatives aux difficultés d'exécution des décisions de justice rendues en matière de fonction publique, tout particulièrement de celles prononçant l'annulation d'évictions illégales d'agents publics. Il s'agit d'affaires délicates en raison de la charge passionnelle qu'elles comportent fréquemment et qui peut expliquer, sans l'excuser, que des autorités administratives désavouées ne mettent pas beaucoup d'empressement à remplir leurs obligations d'exécution. Les difficultés peuvent aussi provenir des agents qui ont obtenu gain de cause mais dont les attentes vont au-delà de ce que la décision rendue implique vraiment.

D'une manière générale, les suites à donner à l'annulation d'une décision d'éviction illégale d'un agent public demeurent mal connues. Si l'obligation de réintégration juridique de l'agent est généralement reconnue, les modalités de cette réintégration, en particulier en ce qui concerne la reconstitution de la carrière et des droits à pension, posent souvent des problèmes liés notamment à la durée de la période d'éviction au cours de laquelle maints événements ont pu survenir, comme le remplacement de l'intéressé ou l'occupation par lui d'un autre emploi. S'agissant de la réintégration effective, qu'il convient de distinguer de l'obligation de réintégration juridique dont il vient d'être question, elle ne s'impose pas toujours. Il faut faire comprendre à l'agent qui exerçait ses fonctions en vertu d'un contrat à durée déterminée que l'autorité administrative n'est pas tenue de le réintégrer effectivement après l'expiration du contrat même si celui-ci comportait une clause de tacite reconduction.



Décisions rendues par des juridictions administratives spéciales

Les départements disposent d'attributions étendues en matière de prestations d'aide sociale mais, d'une part, certaines prestations continuent de relever de l'État et, d'autre part, des compétences en matière d'action sociale peuvent être déléguées aux communes par les départements. Cette organisation relativement complexe peut générer des difficultés dans le service des prestations et le traitement de leur contentieux. Une autre difficulté provient de ce que les décisions rendues par la commission centrale d'aide sociale sont notifiées au ministre chargé de l'Action sociale alors même qu'elles imposent des obligations d'exécution à un département et non à l'État. Il arrive que la notification ne soit pas transmise au département ou lui soit transmise avec retard. Aussi, désormais, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'aide à l'exécution, la Section du rapport et des études intervient-elle directement auprès du département compétent tout en informant le ministre de sa Saisine.

Les problèmes que pose l'exécution des décisions de la juridiction de la tarification sanitaire et sociale doivent, comme chaque année, faire l'objet d'une mention. La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale a quelque peu modifié l'organisation de ce contentieux. Les commissions interrégionales et la commission nationale de la tarification sanitaire et sociale sont devenues, respectivement, des tribunaux interrégionaux et la cour nationale de tarification sanitaire et sociale. La loi a doté ces juridictions des mêmes pouvoirs relatifs à l'aide à l'exécution des décisions qu'elles rendent que ceux conférés aux juridictions administratives de droit commun. Mais la Section du rapport et des études a considéré que l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions était subordonnée à la publication d'un décret en Conseil d'État qui en précise les modalités d'application et, faute d'intervention de ce décret, elle a continué à traiter en 2002 les demandes d'aide à l'exécution afférentes à ce contentieux. Sur le fond, les observations faites les années précédentes ne peuvent qu'être réitérées. L'exécution des décisions des juridictions de la tarification sanitaire et sociale prend en général beaucoup de temps et nécessite souvent le prononcé d'une astreinte pour vaincre la résistance passive motivée par les contraintes budgétaires propres au secteur. Par souci de pragmatisme et d'efficacité, la Section a admis que l'exécution d'une décision prononçant l'annulation d'arrêtés de tarification et le renvoi de l'association gestionnaire d'un hôpital devant l'administration, en vue de la fixation de nouveaux tarifs, puissent emprunter la voie de clauses financières insérées dans un contrat d'objectifs et de moyens conclu par cette association et l'agence régionale de l'hospitalisation dès lors que ces clauses permettaient de remplir effectivement l'association gestionnaire de ses droits.

La recherche de solutions équivalentes à l'exécution

Dans certains cas, heureusement peu nombreux mais que l'on ne peut néanmoins qualifier d'exceptionnels, il apparaît extrêmement difficile, voire impossible, de parvenir à une complète exécution de la décision de justice considérée. Des changements dans la situation de fait, voire quelquefois de droit, survenus depuis l'origine du litige peuvent présenter un caractère pratiquement irréversible. Le contentieux du remembrement fournit à cet égard une



bonne illustration. Ce contentieux est très long. Lorsqu'il s'achève par l'annulation d'une décision d'une commission départementale, cette instance devrait, en vertu des dispositions de du Code rural, se prononcer à nouveau dans le délai d'un an à compter de la date à laquelle la décision d'annulation est devenue définitive. Ce que les commissions départementales font rarement. Et quand la commission nationale est saisie, son encombrement est tel qu'elle met très longtemps à statuer. Il résulte de tout cela que l'exécution de la décision de justice peut devenir, avec le temps, de plus en plus difficile à mener à bien. La Section du rapport et des études a admis qu'un protocole de règlement amiable comportant une compensation financière constituait une solution équivalente à une exécution juridiquement plus orthodoxe. La validité de la méthode consistant à conclure et même à demander au juge l'homologation d'une transaction, élaborée en vue de remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou par la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, a été reconnue par un avis rendu par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État le 6 décembre 2002 (Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses).

Refus d'exécution

Bien que, ainsi qu'il a été relevé plus haut, la mise en œuvre des procédures d'exécution doive être regardée dans l'ensemble comme satisfaisante, il convient de mentionner pour terminer un refus d'exécution. Alors que la ville de Puteaux avait obtenu en référé la suspension de l'acte par lequel l'établissement public pour l'aménagement de la Défense (EPAD) avait décidé la réalisation d'une passerelle enjambant une voie publique, l'EPAD a poursuivi à la fois les travaux et la procédure. Le Conseil d'État a rejeté ses conclusions mais la demande d'aide à l'exécution qu'a formée la ville n'a pu aboutir, la passerelle ayant été achevée entre-temps. Ce refus regrettable d'exécution pourrait entraîner des conséquences fâcheuses pour l'établissement public. Il apparaît de nature à engager sa responsabilité. Une action mettant en cause l'ouvrage lui-même n'est pas non plus à exclure.



Statistiques

Tableau 1

Évolution de l'activité de la Section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

	1998	1999	2000	2001	2002
Affaires enregistrées	202	226	208	151	206
Affaires réglées	287	203	196	189	245
Affaires en cours (au 31/12)	86	109	121	83	44

Tableau 2

Évolution des demandes d'astreinte, d'aide à l'exécution et d'éclaircissement

	1998	1999	2000	2001	2002
Demandes d'astreinte	54	90	63	43 ⁽¹⁾	50 ⁽²⁾
Demande d'aide à l'exécution	135	126	139	98	149
Demandes d'éclaircissement	13	10	6	10	7
Total	202	226	208	151	206

(1) dont 19 dossiers de liquidation d'astreinte

(2) dont 24 dossiers de liquidation d'astreinte

Tableau 3

Activité de la Section du rapport et des études en 2002 en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

Affaires en cours au 1^{er} janvier 2002	83
Affaires enregistrées en 2002	206
Règlement de questions de compétence	73
Mesures d'exécution prises à la suite des diligences de la Section du rapport et des études	104
Réponses aux demandes d'éclaircissement	7
Traitement des demandes d'astreinte et de liquidation	61
Total des affaires réglées en 2002	245
Affaires en cours au 1^{er} janvier 2003	44

Tableau 4

Demandes d'aide à l'exécution devant les juridictions administratives au cours de l'année 2002

	Conseil d'État	Cours administratives d'appel	Tribunaux administratifs	Total
Saisines	206	500	824	1 530
Affaires réglées	245	383	738	1 366
% affaires réglées en phase administrative	-	75 %	68 %	-



L'action internationale du Conseil d'État

L'action internationale du Conseil d'État est conduite, sous l'autorité du Vice-Président, par la Cellule de coopération internationale de la Section du rapport et des études, en liaison avec le Secrétariat général.

Europe

La coopération entre le Conseil d'État et la Chambre des Lords s'est, en 2002, année ne comportant pas de rencontre formelle entre les deux institutions, traduite par l'accueil en stage, au Palais Royal, d'un Conseiller technique au Cabinet du Lord Chancelier, et d'un juge à la High Court.

Le Conseil d'État a reçu deux délégations allemandes composées de magistrats et de hauts fonctionnaires, une délégation de juges administratifs allemands et italiens, membres de l'AJAFIA – Association des juridictions administratives françaises, italiennes et allemandes –, une délégation d'universitaires britanniques, ainsi que des élèves administrateurs espagnols, des étudiants néerlandais. Il a également accueilli, en stage de courte durée, deux étudiants autrichiens.

Les échanges ont été particulièrement intenses avec les pays d'Europe de l'Est et de l'Europe centrale et balkanique puisqu'ont été accueillis au Palais Royal : le Président de la Cour suprême de Hongrie, le Président de la Cour suprême administrative de Bulgarie, une délégation du Conseil législatif roumain conduite par son Président, trois délégations russes – deux de hauts fonctionnaires, une d'élus de la Fédération –, un juriste ukrainien, un membre du Conseil d'État grec, une délégation de hauts fonctionnaires croates, le directeur de l'Institut Judiciaire du Kosovo, plusieurs délégations réunissant des diplomates ou des fonctionnaires de quelque dix pays d'Europe de l'Est. Une mission en Pologne a par ailleurs été effectuée par un membre du Conseil d'État dans le cadre du programme PHARE. Ont enfin, comme chaque année, suivi un stage au Conseil d'État, trois étudiants du Collège juridique franco-roumain d'études européennes de Bucarest, à la fondation duquel le Conseil d'État a été en 1995 associé.

Il a également été reçu une délégation de hauts fonctionnaires turcs, et un quatrième magistrat turc – maître des requêtes au Conseil d'État – a été accueilli au Palais Royal, pour un stage analogue à celui qu'avaient suivi, en 2001, trois de ses collègues.

Deux des lauréats du concours René Cassin et un lauréat du concours Elsa ont également, comme chaque année, effectué un bref séjour au Conseil d'État.

Amériques

Une délégation nord-américaine composée d'étudiants de l'université de San-Diego a été accueillie au Conseil d'État.

Un intérêt toujours soutenu pour la coopération avec la juridiction administrative française a été manifesté par la Colombie et le Mexique. Le nouveau Président du premier de ces pays s'est entretenu avec le Vice-Président ; son vice-ministre de la Justice et de l'Intérieur a aussi été reçu au Conseil d'État, ainsi que deux membres du gouvernement du Mexique – le ministre de la Comptabilité publique et du Développement administratif, et le ministre délégué au Développement et à la Simplification administrative. Des entretiens avec le Président du Tribunal suprême de Cuba et une délégation paraguayenne ont également pris place au Palais Royal. Une nouvelle étude des axes possibles d'une coopération entre la France et le Brésil en matière de réforme de l'État a enfin été engagée.

Un avocat à la Cour constitutionnelle de Bogota a par ailleurs effectué un stage d'un mois au Conseil d'État, et un représentant de celui-ci a participé, à l'université de Bogota, à une rencontre en hommage au Professeur Jean Rivero.

Afrique

La coopération de longue date engagée avec les pays d'Afrique du Nord et d'Afrique Noire s'est, cette année, traduite, en même temps que par l'accueil de plusieurs délégations de magistrats et d'élus (Tunisie), ou d'universitaires (Érythrée), par l'organisation en faveur des membres de plusieurs hautes juridictions africaines (Burkina-Fasso, Mali, Tchad) de stages de formation de moyenne ou longue durée. Ont en outre séjourné, dans le prolongement des stages effectués en 2001 par leurs collègues, pendant quinze jours à Paris, quinze membres ou collaborateurs du Conseil d'État algérien. Un premier bilan des relations entre les deux Conseils d'État a été dressé lors d'une rencontre entre les deux chefs de corps. Le Vice-Président du Conseil d'État s'est également entretenu avec le Président de la Cour suprême algérienne, tandis que quatre membres du Conseil ont effectué des missions à Alger.

Des missions ont également été effectuées par des membres du Conseil d'État au Bénin à l'occasion des assises de l'Association Ouest-africaine des Hautes juridictions francophones, et pour la formation des magistrats de la Cour suprême au contentieux des élections locales.

Proche-Orient

Les échanges se sont poursuivis avec le Conseil d'État égyptien et libanais, tandis qu'ont également souhaité se familiariser avec le Conseil d'État des diplomates égyptiens, et des fonctionnaires parlementaires libanais.

En dépit d'une situation politique difficile, qui n'a pas permis de concrétiser les projets élaborés en 2000, d'appui par le Conseil d'État, à la mise en place d'un certain nombre d'institutions palestiniennes, la visite au Conseil d'État en 2001 de plusieurs personnalités palestiniennes avait marqué la permanence de leur intérêt pour les modèles administratif et juridictionnel français, en vue d'un renforcement de l'administration palestinienne. Une mission a, en septembre 2002, à nouveau été effectuée en Palestine par deux membres du Conseil d'État, en vue d'identifier ce que pourrait être, tant dans un cadre bilatéral que dans un cadre multilatéral, les axes d'une coopération avec la Palestine. Les terrains d'intervention retenus ont été :

- le ministre de la Justice et le Haut Conseil judiciaire,
- la Cour constitutionnelle,
- la justice administrative,
- la formation des magistrats.

Le concours du Conseil d'État au renforcement de l'État de droit et des institutions administratives en Palestine devrait notamment se traduire par l'envoi sur place, pour une mission de longue durée, d'un expert de haut niveau.

À également été reçue, au Palais Royal, une délégation conduite par le Secrétaire Général du Conseil de discernement des intérêts de l'État iranien.

Asie et Pacifique

La Chine ne cesse, d'année en année, de manifester pour le Conseil d'État, et plus généralement pour le modèle administratif français, une curiosité croissante. C'est ainsi que n'ont pas été reçues au Palais Royal, en 2002, moins de dix délégations chinoises composées de magistrats, notamment financiers, de hauts fonctionnaires d'État (ministère de la Supervision), et de diverses provinces ou grandes villes (Shanghai).

Le Conseil d'État a accueilli le Directeur de l'Institut de formation des juges de Taïwan.

De nouveaux contacts ont été pris avec le Japon, dont trois délégations, une conduite par le Président de la Cour suprême, une de sénateurs et de fonctionnaires, une du Comité interministériel sur la réforme de la Justice, ont été reçues au Palais Royal.

La Corée a, une nouvelle fois, souhaité qu'une nombreuse délégation de juristes puisse étudier les conditions d'intervention du Conseil d'État, tant en matière de règlements des litiges que dans le processus législatif et réglementaire.



Tandis que trois délégations thaïlandaises, deux de parlementaires, une de magistrats, étaient accueillies à Paris, le président de tribunal administratif détaché à Bangkok y a poursuivi une mission d'assistance technique pour la mise en place de juridictions rattachées à la Cour administrative suprême et pour la formation de magistrats thaïlandais en droit administratif.

Le Président de la Cour suprême d'Indonésie s'est également entretenu avec le Vice-Président du Conseil d'État.

Quoiqu'héritières d'une tradition juridique, la britannique, très profondément différente de la nôtre, ni l'Inde, ni l'Australie, ne soient indifférents à l'expérience française. C'est ce qu'ont, une nouvelle fois, démontré la visite du Président du Tribunal des appels administratifs australien et l'accueil, à Delhi, d'un représentant du Conseil d'État pour la 70^e conférence de l'International Law Association.

La Maison du droit franco-vietnamienne à Hanoï a accueilli un membre du Conseil d'État pour la 9^e session de son Comité d'orientation.

Enfin, à la suite d'un entretien entre le Vice-Président et le ministre d'État chargé de la Présidence du Conseil des ministres du Cambodge, il a été convenu que, sous réserve des arrangements financiers à prévoir, le Conseil d'État prodiguerait au Cambodge l'assistance technique nécessaire à l'élaboration d'un Code des procédures administratives contentieuses, et à la formation de juristes cambodgiens aux méthodes du contentieux administratif et aux méthodes de travail des Sections administratives.



Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État

L'activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État, conduite sous l'autorité du Président de la Section du rapport et des études, s'est poursuivie à un rythme soutenu en 2002.

En premier lieu, la cellule s'est efforcée de répondre au plus vite et au mieux aux questions juridiques dont elle a été saisie par les membres de Conseil d'État. Si le nombre de ces dernières est resté relativement stable, leur nature implique une complexification croissante des réponses qu'elles appellent, ainsi que des recherches et travaux qui en résultent.

Outre, bien sûr, l'ensemble des questions classiques liées aux problèmes récurrents relatifs à la transposition des directives ou à l'utilité d'adresser des questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes, le traitement des questions posées s'avère, en effet, de plus en plus délicat :

- en raison de leur *ampleur* : notion de citoyenneté européenne, évolution du traité CECA, méthodes d'interprétation des textes par le juge communautaire ;
- du fait de leur *nouveauté* et *technicité* : droit de la concurrence et concessions de service public, droit bancaire et rémunération des comptes de dépôts à vue, fiscalité et qualification juridique de la contribution sociale généralisée, politique agricole commune et prescription des créances, marchés publics et problèmes liés à leur scission ou à leur fragmentation, aides d'État et valeur juridique des « actes innommés » tels que codes de conduite, lignes directrices... ;

- eu égard à leur *caractère pluridisciplinaire* : se trouve notamment posé le problème de l'articulation délicate du droit national avec tout à la fois le droit communautaire, l'ordre juridique issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit international public.

Comme les années précédentes, les questions posées émanent davantage des membres du Conseil d'État en leur qualité de membres des formations consultatives du Conseil que de la Section du contentieux. Elles traduisent une compétence croissante des membres du Conseil d'État en droit communautaire, déjà relevée dans le rapport 2000.

En deuxième lieu, depuis le début de l'année 2002, la diffusion régulière aux membres des juridictions administratives des informations portant sur les évolutions essentielles du droit communautaire s'est ordonnée, conceptualisée et amplifiée. Le bulletin de la cellule de droit communautaire a désormais acquis sa présentation définitive et il est, depuis le mois de septembre 2002, adressé mensuellement non seulement aux membres du Conseil d'État, mais



aussi à ceux des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs. Il comporte quatre parties : un résumé et commentaire des principaux arrêts de la Cour de justice et du tribunal de première instance des Communautés européennes ; des extraits de presse permettant de prendre rapidement connaissance de la vie des institutions communautaires et des projets politiques ou juridiques en cours ; des documents divers intéressant l'actualité communautaire, d'ailleurs particulièrement riche en 2002 (élargissement, Constitution européenne, travaux de la « Convention »...) ; enfin, des extraits des principaux textes normatifs publiés au Journal Officiel des Communautés européennes, notamment des « actes innommés » auxquels la Cour de justice accorde une valeur juridique croissante.

En troisième lieu, la cellule de droit communautaire a continué d'exercer un rôle important dans la formation de nombreux étudiants effectuant des stages au Conseil d'État et dans l'accueil de plusieurs délégations ou personnalités, notamment des pays d'Europe centrale ou orientale candidats à l'adhésion à l'Union européenne, ou encore d'États africains.

En quatrième lieu, elle a été associée étroitement aux études spécifiques menées par la Section du rapport et des études ainsi qu'à la réflexion approfondie conduite sur le thème : « perspectives pour la fonction publique », retenu pour les considérations générales du rapport annuel 2003.

En cinquième et dernier lieu, le responsable de la cellule a continué de s'efforcer de participer au rayonnement du Conseil d'État dans l'ordre juridique communautaire : d'une part, en présentant des interventions dans des colloques, en dispensant des enseignements dans différentes universités ou en assurant des présidences de jurys de thèses doctorales ; d'autre part, notamment à l'occasion du cinquantième anniversaire de la création de la Cour de justice des Communautés européennes, en entretenant avec celle-ci et avec le Tribunal de première instance un échange constant de réflexions et d'informations portant tout à la fois sur le fond du droit et sur les sources documentaires relatives à l'évolution du droit communautaire, européen et national.



Bilan des formations



Formation initiale des conseillers de tribunal administratif

Comme chaque année, deux stages ont été organisés en 2002. Le premier, du 1^{er} avril au 21 septembre, comptait 24 stagiaires, dont 4 stagiaires étrangers (Algérie et Turquie), le second, du 1^{er} juillet au 20 décembre, regroupait 39 conseillers. Au total, 63 conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel ont suivi le stage de formation initiale.

Les programmes de chaque stage étaient sensiblement identiques et organisés autour de trois activités principales : des conférences à thème (180 heures), la participation à des sous-sections de formation (50 heures) et la participation aux travaux des sous-sections contentieuses du Conseil d'État. Les conférences ont été essentiellement assurées par des membres du Conseil d'État et des magistrats des juridictions administratives.

Au cours de ces deux sessions, un stage d'une semaine a été organisé dans les tribunaux administratifs de province et un de deux jours à la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg

Formation continue des magistrats des juridictions administratives

Douze stages ont été programmés au cours de l'année 2002, tous animés par des membres du Conseil d'État et des magistrats des juridictions administratives. Ils ont réuni au total 181 magistrats. De plus, le Conseil d'État a assuré la participation de 27 magistrats à des actions de formation mises en œuvre par des organismes extérieurs. Au total, les magistrats ont donc suivi l'équivalent de 208 journées de formation.

La diffusion en début d'année du programme de formation a permis de mieux concilier l'organisation des stages et l'activité des juridictions administratives.

Formation des agents de greffe des juridictions administratives

Sur les douze stages programmés, dix stages seulement ont été réalisés, dont un en province, pour l'ensemble des agents des juridictions administratives, y compris ceux du Conseil d'État. Ils ont regroupé 162 agents autour de trois thèmes principaux :

- stages de présentation des juridictions administratives, qui ont pour objet d'initier les agents des greffes à l'organisation générale de ces juridictions ;
- stages d'adaptation aux fonctions occupées par certains agents, destinés en particulier aux agents chargés de l'accueil, de la documentation, de la gestion financière et comptable, etc.
- sessions de formation consacrées à des enseignements à caractère purement juridique, couvrant les principaux aspects du contentieux administratif.

L'ensemble de ces stages est fort apprécié des agents, comme en témoigne le nombre d'inscriptions constaté (195 agents). Lorsque les demandes de participation excèdent la capacité d'accueil, les agents non retenus sont prioritaires pour le stage sur le même sujet organisé l'année suivante.

À ce bilan, il faut ajouter la participation des agents des greffes des juridictions administratives de province aux stages organisés par le ministère de l'Intérieur et par les préfetures.

Enfin, onze agents ont bénéficié de la préparation, financée à 75 % par le Conseil d'État, au concours de conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel assurée par le CNED de Lille.

Formation des membres des comités d'hygiène et de sécurité

Une formation d'une semaine a été assurée pour sept membres du comité d'hygiène et de sécurité. Par ailleurs un stage a été organisé pour l'ACMO chargé des juridictions placées dans les ressorts des cours administratives d'appel de Lyon et de Marseille.

Formations spécifiques des membres et agents du Conseil d'État

Outre les stages informatiques, une formation linguistique est dispensée aux membres et agents du Conseil d'État ; elle se déroule à raison d'une heure un quart par semaine, en dehors des heures de service et est limitée à une seule langue par participant.



Des préparations à des concours administratifs assurées par des organismes extérieurs (CNED, CFPP et autres) ont été prises en charge par le conseil d'État pour 7 agents.

De plus 13 agents ont participé à des actions de formation dispensées par des organismes spécialisés.



Activité de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives



Mission permanente d'inspection des juridictions administratives

Les articles L. 112-5, R. 112-1 et R. 231-4 du Code de justice administrative prévoient que le contrôle de l'activité des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est exercé, sous l'autorité du Vice-Président du Conseil d'État, par la mission permanente d'inspection des juridictions administratives.

En outre, les dispositions de l'article L. 232-2 du même Code prévoient que le chef de cette mission permanente est membre du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (CSTA), qu'il préside de plein droit en cas d'empêchement du Vice-Président du Conseil d'État. Il est par là même associé à la gestion du corps : chaque fois que le Conseil supérieur est appelé à faire des propositions relatives à l'évolution de la carrière des magistrats (recrutements au tour extérieur, détachements dans le corps, intégrations dans le corps après détachement, inscriptions au tableau d'avancement, désignations aux fonctions de commissaire du gouvernement, mesures disciplinaires), le chef de la mission permanente donne son avis écrit.

Il est également consulté sur les demandes de détachement hors du corps et les mises à disposition. Il note chaque année les présidents de tribunal administratif. Il lui revient enfin de présider le jury du concours annuel de recrutement complémentaire dont la loi d'orientation et de programmation n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 a prorogé l'existence jusqu'en 2007.

Les activités de la Mission permanente d'inspection sont donc inséparables de la gestion des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, dont il est rendu compte par ailleurs dans ce rapport annuel. Cependant, l'intervention des inspections ne doit pas être regardée comme un mode de jugement ou de notation, mais elle relève plutôt d'une démarche d'évaluation fondée sur le contact personnel, aussi libre que possible, entre les membres de la Mission et les magistrats et agents de greffe.

Au cours de l'année 2002, la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives a procédé à l'inspection périodique de sept tribunaux et cours administratives d'appel. Il s'agit des cours de Nancy et de Nantes et des tribunaux administratifs d'Orléans, Bordeaux, Rouen, Besançon et Lille.

En outre, la Mission a poursuivi son programme d'investigation des juridictions spécialisées relevant du Conseil d'État par la voie du contrôle de cassation. Au dernier trimestre 2001 et au premier trimestre 2002, la Mission a procédé à l'inspection de la Commission centrale d'Aide Sociale et de certaines commissions départementales. Elle a également achevé la mission d'audit qui lui avait été confiée par le Premier ministre conjointement avec



l'Inspection générale des Finances et l'Inspection générale des Affaires étrangères, sur les modalités de séparation administrative de la Commission des recours des réfugiés et de l'OFPRA.

Les constatations effectuées ont confirmé les difficultés de fonctionnement de ces juridictions. La Commission centrale d'aide sociale manque cruellement de moyens, notamment de personnel de secrétariat. Les appels lancés au ministère de la Santé, à qui il revient de fournir ces moyens, sont, jusqu'à ce jour, demeurés sans résultat. Les Commissions départementales sont menacées d'asphyxie à court terme par les recours relatifs à la mise en place de la Couverture maladie universelle, dont le contentieux leur a été attribué par la loi. La Commission départementale d'aide sociale de Bordeaux doit traiter plus de cent affaires par séance. Ces commissions sont, en outre, très isolées les unes des autres, personne n'étant en mesure d'élaborer une politique jurisprudentielle, ni même de coordonner les initiatives locales, les pratiques et les modes de fonctionnement de ces juridictions.

Les commissions nationales et interrégionales de la tarification sanitaire et sociale, inspectées en 2001, ont fait l'objet d'une réforme récente qui n'est pas entrée en vigueur faute de décret d'application. Leurs conditions de fonctionnement sont déplorables. La situation de la commission nationale et de la commission interrégionale de Paris est particulièrement critique. Les vacations versées aux rapporteurs étaient, jusqu'à présent, si faibles, qu'il est devenu impossible d'en recruter, et que la Commission nationale se trouve n'en avoir plus qu'un seul. Il en résulte de tels délais que la France a fait l'objet, du fait de cette juridiction, de plusieurs condamnations de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Quant à la Commission des recours des réfugiés, qui ne cesse de grandir et qui rend près de 25 000 décisions par an, elle risque d'être complètement débordée si les projets concernant l'aide juridictionnelle aboutissent et généralisent devant elle l'intervention des avocats.

Les conditions de fonctionnement matériel de ces juridictions doivent être entièrement revues. Mais il conviendra parallèlement de réfléchir à leur composition et à leurs procédures, qui ne sont pas toujours compatibles avec les règles du procès équitable telles qu'elles résultent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Le programme d'inspection des juridictions spécialisées se poursuivra en 2003.

Parallèlement aux visites de la Mission d'inspection, le Vice-Président a entrepris en 2002 une nouvelle série de déplacements dans les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs. Ces visites ont intéressé les cours administratives d'appel de Douai, Bordeaux, Nantes et Nancy et les tribunaux administratifs situés dans les mêmes villes, ainsi que ceux de Toulouse, Châlons-en-Champagne, Montpellier et Poitiers.

Le Président de la Mission d'inspection a accompagné le Vice-Président dans ces différents déplacements, et a participé avec lui à la conférence des Présidents des juridictions administratives qui s'est tenue à Besançon les 10 et 11 octobre. Il s'est rendu aux Antilles avec le Président de la cour administrative d'appel de Bordeaux pour inaugurer les nouveaux locaux du tribunal



administratif de Cayenne et reprendre contact avec le tribunal administratif de Fort-de-France. Il s'est rendu également à la cour administrative d'appel de Lyon pour le lancement du Contrat d'objectifs 2002-2007 entre cette cour et le Conseil d'État.

En matière d'informatique, la Mission permanente a continué à être associée à la conception et à la mise en œuvre des schémas directeurs. L'achèvement du déploiement du programme « SKIPPER » dans toutes les juridictions de première instance et d'appel, la mise en place des postes de travail des magistrats des cours administratives d'appel, s'est accompagné de la diffusion des formulaires des rapporteurs et des bibliothèques de paragraphes élaborés sous la responsabilité de la Mission.

Les formulaires spécialisés en matière fiscale restent à valider, et un travail commun avec la direction générale des Impôts a été entrepris pour la mise en place d'un mode commun de codage des dossiers, qui permette à l'administration fiscale de seconder les efforts des juridictions pour regrouper les dossiers voisins ou semblables, organiser des audiences thématiques ou procéder à une meilleure gestion des stocks, notamment en mettant au rôle les dossiers les plus anciennement enregistrés.

La Mission permanente veillera tout particulièrement à la mise à jour permanente des formulaires et des bibliothèques de paragraphes au fur et à mesure de l'évolution du système informatique, mais également de la procédure et de la jurisprudence.



Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel



L'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Les résultats statistiques de l'année 2002 permettent de relever que les tribunaux administratifs ont amélioré leur situation, grâce à une diminution du nombre de requêtes nouvelles qui leur ont été soumises. Le stock d'affaires en attente de jugement demeure cependant excessif dans de nombreuses juridictions.

Les cours administratives d'appel ont également connu une baisse de leurs entrées. Toutefois, ces dernières restent très supérieures à leur capacité de jugement : bien que le nombre d'affaires jugées ait sensiblement progressé, le stock de dossiers en instance s'est donc alourdi. Un renforcement sensible des moyens des cours sur cinq ans a été décidé dans le cadre de contrats d'objectifs, afin de leur permettre de retrouver des délais de jugement acceptables.

L'activité des tribunaux administratifs en 2002

Affaires enregistrées

Les tribunaux administratifs ont enregistré plus de 112 000 affaires nouvelles, en données nettes, en 2002. Si, par rapport à l'année 2001, on constate un recul de 8,6 % du nombre d'affaires enregistrées, on retrouve cependant un niveau comparable à celui observé en 2000.

Affaires réglées

Avec près de 120 000 dossiers réglés, en données nettes, le nombre des affaires jugées par les tribunaux administratifs, qui s'était régulièrement amélioré au cours de ces dernières années, cesse en revanche de progresser. Il connaît même, pour des raisons techniques tenant notamment au jugement d'affaires anciennes qui encombraient jusqu'alors les stocks, une légère diminution, de 1,5 %, revenant aux chiffres de l'année 2000.

Néanmoins, en raison de la baisse sensible des entrées, le nombre de dossiers réglés en 2002 demeure supérieur à celui des dossiers enregistrés, de telle sorte que le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées atteint 111 % en données brutes et 106 % en données nettes.



Affaires en instance

La diminution sensible des entrées constatée en 2002 a permis de réduire le stock de requêtes en instance, lequel s'élève à 210 000 affaires en données brutes, soit une baisse de 5,9 %, et à 196 000 affaires en données nettes, chiffre en baisse de 3,6 % par rapport à celui de l'année précédente.

Le délai théorique d'élimination du stock s'améliore légèrement pour s'établir, en 2002, à 1 an, 7 mois et 27 jours en données nettes. Il est à noter que ce chiffre est supérieur de 16 jours au délai constaté en données brutes, en raison du nombre important de dossiers de série traités par certaines juridictions.

Le délai moyen de jugement des affaires, calculé hors référés, de l'enregistrement à la notification, s'élève pour sa part à 1 an, 11 mois et 4 jours. Ce délai, en augmentation de près d'un mois et demi par rapport aux données relevées en 2001, traduit l'effort particulier consenti par les juridictions pour statuer sur des affaires en stock depuis plus de 4 ans, ce qui a contribué, au titre de l'année 2002, à résorber plus du tiers de cette catégorie de contentieux.

Les référés

Le bilan de la mise en œuvre des nouvelles procédures d'urgence, établi pour la seconde année consécutive, permet de confirmer l'impact positif de la réforme.

En effet, le nombre de « référés-suspension », prévus par l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, augmente légèrement, pour se stabiliser au seuil de 7 500 dossiers traités, contre 7 150 l'année précédente, soit une hausse de 5 %. Cette catégorie de référé représente désormais, en données nettes, plus de 6 % de l'ensemble des affaires jugées par les juridictions de premier ressort. La procédure du « référé-injonction », instituée par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, a été beaucoup plus utilisée que l'année précédente, avec près de 1 200 affaires jugées en 2002 contre moins de 800 en 2001, ce qui représente une hausse de plus de 50 %.

Le délai de jugement des requêtes s'élève en moyenne à 28 jours pour le « référé-suspension » et à 5 jours pour le « référé-injonction ». Depuis deux ans, la stabilité de ces délais témoigne de la mobilisation des magistrats pour garantir le succès de la réforme, tout en étant le gage d'une sécurité juridique renforcée.



Tribunaux administratifs
Affaires enregistrées, affaires traitées
et affaires en instance (évolution 2002/2001)

Affaires enregistrées	Données brutes			Données nettes		
	2001	2002	Évolution 2002/2001	2001	2002	Évolution 2002/2001
TA de métropole	129 750	113 718	-12,36 %	118 726	108 707	-8,44 %
TA d'Outre-mer	4 810	4 388	-8,77 %	4 628	3 996	-13,66 %
Total	134 560	118 106	-12,23 %	123 354	112 703	-8,63 %

Affaires traitées	Données brutes			Données nettes		
	2001	2002	Évolution 2002/2001	2001	2002	Évolution 2002/2001
TA de métropole	128 408	126 443	-1,53 %	116 636	114 852	-1,53 %
TA d'Outre-mer	4 391	4 358	-0,75 %	4 137	4 063	-1,79 %
Total	132 799	130 801	-1,50 %	120 773	118 915	-1,54 %

Affaires en instance	Données brutes			Données nettes		
	2001	2002	Évolution 2002/2001	2001	2002	Évolution 2002/2001
TA de métropole	216 826	203 662	-6,07 %	197 611	190 443	-3,63 %
TA d'Outre-mer	6 336	6 406	1,10 %	5 692	5 625	-1,18 %
Total	223 162	210 068	-5,87 %	203 303	196 068	-3,56 %



Tribunaux administratifs

Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance par juridiction

Juridictions	affaires enregistrées		affaires traitées		affaires en stock au 31/12	
	brut	net	brut	net	brut	net
Amiens	2 724	2 671	4 158	2 688	5 124	4 991
Bastia	996	996	1 276	1 276	1 083	1 083
Besançon	1 541	1 484	1 485	1 378	2 376	2 038
Bordeaux	3 254	3 199	3 788	3 652	4 340	4 108
Caen	1 898	1 764	1 913	1 612	1 398	1 104
Cergy-Pontoise	6 505	5 959	5 593	5 079	9 484	9 270
Châlons en Champagne	1 814	1 804	2 647	1 607	3 721	3 565
Clermont-Ferrand	1 744	1 663	1 871	1 702	2 236	1 750
Dijon	2 380	2 349	4 208	3 534	2 085	1 979
Grenoble	5 102	4 813	4 647	4 291	6 927	6 615
Lille	4 923	4 851	5 529	5 261	8 406	7 589
Limoges	1 094	1 020	1 460	1 248	2 091	1 840
Lyon	5 594	5 523	6 629	6 241	8 318	7 945
Marseille	6 471	6 371	6 101	5 937	14 035	13 753
Melun	4 874	4 722	6 114	4 396	8 197	7 116
Montpellier	6 169	5 988	4 759	4 671	13 602	13 325
Nancy	1 754	1 700	1 745	1 727	1 962	1 459
Nantes	4 144	4 011	5 400	4 641	7 973	7 571
Nice	5 735	5 367	5 782	5 248	13 251	12 185
Orléans	2 981	2 868	4 488	2 918	4 474	4 050
Paris	17 172	16 850	19 604	19 586	39 970	38 970
Pau	1 860	1 811	2 073	1 804	2 899	2 641
Poitiers	2 271	2 267	2 670	2 664	2 366	2 365
Rennes	5 323	3 593	4 089	3 952	9 354	7 423
Rouen	2 554	2 554	2 402	2 308	5 435	5 095
Strasbourg	4 633	4 552	4 438	4 246	6 463	5 961
Toulouse	3 830	3 604	4 198	3 903	7 967	6 754
Versailles	4 378	4 353	7 376	7 282	8 125	7 898
Total métropole	113 718	108 707	126 443	114 852	203 662	190 443
Basse-Terre	828	768	691	591	2 330	2 078
Fort-de-France	423	418	566	564	1 090	888
Nouvelle-Calédonie	838	660	665	592	439	295
Papeete	714	592	681	561	667	511
Saint-Denis de la Réunion	914	903	977	977	729	718
Cayenne	394	394	483	483	891	891
Mamoudzou	257	241	279	279	247	231
Saint-Pierre-et-Miquelon	20	20	16	16	13	13
Total Outre-mer	4 388	3 996	4 358	4 063	6 406	5 625
Total général global	118 106	112 703	130 801	118 915	210 068	196 068

L'activité des cours administratives d'appel en 2002

Affaires enregistrées

Devant les cours administratives d'appel, le nombre des affaires nouvelles se stabilise à un niveau proche de celui observé l'année précédente, soit environ 15 300 dossiers en données nettes.

Deux cours administratives d'appel toutefois, celles de Nancy et de Paris, contrairement à la tendance globale, ont vu leurs entrées progresser en 2002, respectivement de 12,9 % et de 8,3 %, en données corrigées des séries.

Affaires réglées

Les cours administratives d'appel ont réglé un peu plus de 14 300 affaires en données nettes en 2002, soit une progression de plus de 10 %. En données brutes, les 15 300 arrêts rendus représentent un nombre équivalent à celui de l'année précédente.

Cette hausse sensible a permis d'améliorer nettement le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées, lequel atteint désormais 94 %, contre 84 % en 2001.

Affaires en instance

Le stock d'affaires en instance, en raison de l'insuffisance de la capacité de jugement par rapport au nombre des entrées, progresse de plus de 2 %, tant en données brutes qu'en données nettes, avec plus de 40 000 affaires en attente de jugement.

Cependant, l'accroissement de l'activité contentieuse des juridictions d'appel se traduit par une légère amélioration du délai théorique d'élimination du stock, qui retrouve le niveau enregistré pour l'année 2000, en deçà du seuil symbolique des 3 ans franchi en 2001, pour se stabiliser à 2 ans, 10 mois et 17 jours en données corrigées des séries.

Les résultats statistiques témoignent, cette année encore, de l'évolution défavorable de la situation des cours administratives d'appel au regard du stock d'affaires en instance, dont la résorption n'a, malgré les efforts accomplis, toujours pas été amorcée.

Cette situation concerne toutes les cours administratives d'appel, sauf celle de Douai. Elle justifie, d'une part, la signature, le 9 décembre 2002, de contrats d'objectifs entre le Vice-Président du Conseil d'État et chaque président de cour administrative d'appel, en vue de réduire le délai de jugement des cours, et, d'autre part, la création, en 2004, d'une nouvelle cour administrative d'appel en région parisienne. Enfin, le Conseil d'État appelle de ses vœux l'adoption du décret, annoncé par le rapport annexé à la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002, et visant à « lutter contre l'encombrement des cours administratives d'appel ».



Cours administratives d'appel
Affaires enregistrées, affaires traitées
et affaires en instance (évolution 2002/2001,
données détaillées par juridiction)

Affaires enregistrées	Données brutes			Données nettes		
	2001	2002	Évolution 2002/2001	2001	2002	Évolution 2002/2001
CAA Bordeaux	2 824	2 737	-3,08 %	2 603	2 501	-3,92 %
CAA Douai	1 217	1 076	-11,59 %	1 134	1 028	-9,35 %
CAA Lyon	2 720	2 427	-10,77 %	2 296	2 188	-4,70 %
CAA Marseille	2 730	2 566	-6,01 %	2 603	2 339	-10,14 %
CAA Nancy	1 299	1 379	6,16 %	1 204	1 359	12,87 %
CAA Nantes	2 323	1 941	-16,44 %	1 785	1 790	0,28 %
CAA Paris	4 355	4 431	1,75 %	3 750	4 062	8,32 %
Total	17 468	16 557	-5,22 %	15 375	15 267	-0,70 %

Affaires traitées	Données brutes			Données nettes		
	2001	2002	Évolution 2002/2001	2001	2002	Évolution 2002/2001
CAA Bordeaux	2 170	2 155	-0,69 %	2 105	2 105	0,00 %
CAA Douai	1 620	1 558	-3,83 %	1 442	1 412	-2,08 %
CAA Lyon	2 322	2 155	-7,19 %	1 729	1 993	15,27 %
CAA Marseille	1 752	2 071	18,21 %	1 656	2 028	22,46 %
CAA Nancy	1 625	1 473	-9,35 %	1 196	1 345	12,46 %
CAA Nantes	2 231	2 062	-7,58 %	1 742	1 979	13,61 %
CAA Paris	3 385	3 770	11,37 %	3 058	3 419	11,81 %
Total	15 105	15 244	0,92 %	12 928	14 281	10,47 %

Affaires en instance	Données brutes			Données nettes		
	2001	2002	Évolution 2002/2001	2001	2002	Évolution 2002/2001
CAA Bordeaux	6 854	7 445	8,62 %	6 542	6 943	6,13 %
CAA Douai	2 822	2 347	-16,83 %	2 695	2 308	-14,36 %
CAA Lyon	7 297	7 550	3,47 %	6 724	6 886	2,41 %
CAA Marseille	7 066	7 575	7,20 %	6 854	7 158	4,44 %
CAA Nancy	5 028	4 945	-1,65 %	4 685	4 852	3,56 %
CAA Nantes	4 347	4 105	-5,57 %	4 136	3 848	-6,96 %
CAA Paris	9 329	9 889	6,00 %	8 437	8 973	6,35 %
Total	42 743	43 856	2,60 %	40 073	40 968	2,23 %

Activité des juridictions spécialisées



Commission des recours des réfugiés

État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2002

En 2002, la Commission a enregistré **31 502** recours contre 26 140 en 2001 (+20 %), 20 124 en 2000 (+56 %) et 15 691 en 1999 (+100 %). Le mouvement à la hausse observé depuis 1999 après trois années de stabilité (13 500 recours /an en 1996, 1997 et 1998) s'est donc non seulement confirmé mais amplifié en 2002, comme le laissait d'ailleurs prévoir l'augmentation des demandes enregistrées et des décisions rendues par l'OFPRA.

Cette évolution concerne l'ensemble des demandes présentées devant la Commission, à l'exception toutefois des demandes malienne (-16 %), haïtienne (-32 %) et chinoise (-24 %). Avec plus de 2 000 dossiers enregistrés, la demande chinoise reste encore élevée mais sa part dans l'ensemble des affaires a diminué de plus de la moitié, passant de 23 % en 2000 à 9 % en 2002. Cette demande est désormais dépassée par les demandes turques (3 615 affaires en hausse de 24 %), et les demandes de la République démocratique du Congo (3 382 recours, nombre supérieur de 69 % à celui de 2001).

Il convient également de relever la hausse importante des recours formés :

- *s'agissant du continent africain* : outre par les ressortissants de la République démocratique du Congo, par ceux du Congo-Brazzaville (1 373 recours contre 467 en 2001 soit une augmentation de 194 %), de la Mauritanie (1 649 recours contre 731 en 2001 soit une augmentation de 125 % et 390 en 2000) et de la Guinée (602 recours contre 435 en 2001 soit une augmentation de 38 % et seulement 55 recours en 2000) ;
- *s'agissant de l'Europe* : par les ressortissants de certains pays issus de l'éclatement de l'Union Soviétique et, en particulier de la Russie (720 recours contre 480 en 2001 soit une augmentation de 50 % et 344 en 2000) et de la Géorgie (740 recours contre 375 affaires en 2001 soit une augmentation de 97 %, et 174 recours en 2000).

Au total, les recours restent concentrés sur un nombre limité de nationalités, les dix premières d'entre elles constituant près de 80 % des recours (Turquie, République démocratique du Congo, Chine, Mali, Sri Lanka, Algérie, Mauritanie, Haïti, Congo (Brazzaville), Yougoslavie).

Le nombre de décisions rendues en 2002 s'élève à **23 916** contre 22 086 en 2001 soit une hausse de 8 %, et 18 084 décisions en 2000 soit une hausse de



32 %. Ce résultat fait suite au renforcement des effectifs dont la Commission a bénéficié en janvier 2001 et qui s'est traduit par la création d'une 6^e section.

Le pourcentage d'annulation des décisions de l'OFPRA est en légère diminution (9,4 % contre 10,56 % en 2001 et 9,95 % en 2000) ce qui représente 2 255 décisions accordant le statut de réfugié contre 2 336 décisions en 2001.

Les affaires jugées par ordonnance du président (irrecevabilités manifestes, non-lieux, désistements) sont au nombre de 3 366 contre 3 025 soit 14 % de l'ensemble des affaires réglées, pourcentage comparable à celui des années précédentes.

Les Sections réunies ont rendu 5 décisions dont 1 annulation de la décision de l'OFPRA.

Au cours de l'année 2002, le Bureau d'aide juridictionnelle établi près la Commission a enregistré 7 168 demandes. Ce chiffre est en légère diminution par rapport à ceux de 2001 (7 400 demandes) et de 2000 (7 474 demandes). Ces deux années avaient connu une augmentation considérable du nombre de dossiers (+75 % par rapport à 1999).

Face à ce niveau très élevé des demandes, qui concernent près de 30 % des recours déposés devant la Commission, le bureau a maintenu un rythme d'activité soutenu en rendant 7 518 décisions définitives contre 7 587 en 2001 et 7 214 l'année précédente (+5 %).

Le nombre des admissions à l'aide juridictionnelle a légèrement augmenté en 2002 pour s'établir à 2 537 après avoir connu une forte progression passant d'un millier en 2000 à 2 473 en 2001 (soit une augmentation de 150 %). Le taux d'admission s'établit ainsi à 34 % contre 33 % l'an dernier. Ce phénomène est directement lié à la répartition par nationalités des requérants sollicitant l'aide juridictionnelle et s'explique essentiellement par la conjonction de deux facteurs : d'une part, la baisse du nombre de demandes formées par les ressortissants chinois traditionnellement peu nombreux à obtenir le bénéfice de l'aide juridictionnelle faute de satisfaire à la condition d'entrée régulière sur le territoire français ; d'autre part, l'augmentation des autres demandes – en particulier celles présentées par les Haïtiens et les Algériens – qui remplissent plus généralement cette condition.

Le rythme élevé d'examen des dossiers (1 229 séances organisées contre 1 000 l'année 2000) a conduit à un accroissement significatif du nombre d'affaires jugées, sans permettre toutefois de contenir la totalité du flux qui a progressé dans des proportions nettement plus importantes. Il convient de relever que l'augmentation des désignations d'avocats passée de 31 % à 44 % n'est pas sans incidence sur l'organisation des séances de la Commission. Ayant conduit à une réduction du nombre de dossiers enrôlés par séance de 22 dossiers à 18 depuis le 1^{er} novembre 2002, cette augmentation n'est restée, à ce jour, sans incidence sur le nombre d'affaires jugées qu'en raison d'une très nette diminution du taux de renvois qui est passé de 30 % à 22 % sur l'année 2002.

Ainsi, la balance entrées/sorties marque un déficit de 7 500 dossiers pour l'année 2002. Toutes choses égales par ailleurs, ce déficit – qui s'ajoute à ceux de 1999, 2000 et 2001 – conduit à un stock de 20 500 dossiers et celui-ci devrait s'accroître dans les mois à venir à mesure que se répercuteront sur la

Commission les effets de l'augmentation de l'activité de l'Office. Il faut donc s'attendre à un accroissement significatif des recours en 2003 auquel la Commission ne pourra sans doute faire face malgré le renfort substantiel de ses effectifs.

Les conclusions de la mission d'audit qui a été menée au cours du premier semestre 2002 conjointement par l'Inspection générale des affaires étrangères, l'Inspection générale des finances et la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives, et les décisions du Gouvernement, au vu de ces conclusions, ont abouti pour l'année 2003 à un renforcement partiel des moyens de la Commission à hauteur de 60 emplois (36 emplois de catégorie A, 4 emplois de catégorie B et 20 emplois de catégorie C). La mission d'audit avait conclu, pour sa part, à la nécessité de doter la Commission de 93 nouveaux emplois hors transfert de l'asile territorial.

Les projets annoncés par le Gouvernement au Conseil des ministres du 25 septembre 2002, qui devraient se traduire par le transfert à la Commission des décisions en matière d'asile territorial, rendront en tout état de cause nécessaires le recrutement d'agents supplémentaires. Il en irait de même de l'accroissement du taux de constitution d'avocats.

Éléments de jurisprudence

D'un point de vue jurisprudentiel, l'année 2002 a été marquée par une recherche plus systématique des protections étatiques ou quasi-étatiques dont le demandeur pourrait bénéficier ; par un accroissement des demandes présentées sous l'angle de l'appartenance à un certain groupe social ; par un approfondissement de l'application des clauses d'exclusion de la convention de Genève et par une approche renouvelée des demandes de réouverture de dossiers, n'excluant pas, dans certaines hypothèses le réexamen de l'ensemble des faits allégués.

Sur la question des auteurs de persécutions

Au cours de l'année 2002, la Commission des recours des réfugiés a été amenée à se prononcer sur la situation de nombreux ressortissants de l'ancienne Union soviétique, résidant dans l'un des pays issus de son éclatement.

Conformément à la jurisprudence *Spivak* du Conseil d'État¹³, les Sections réunies de la Commission se sont prononcées sur le droit des intéressés à se prévaloir de la nationalité de l'un des États issus de l'ex-URSS et à défaut sur l'existence de craintes fondées de persécutions en cas de retour dans leur pays de résidence habituelle. Elles ont ainsi considéré « qu'il ne résulte (ait) pas de l'instruction que les autorités arméniennes auraient ouvert un droit à l'obten-

13 - CE, 2 avril 1997, *Spivak*, Leb. T. p. 868.



tion de la nationalité arménienne aux personnes d'origine arménienne qui, [...], n'ont jamais résidé en Arménie et n'ont d'autre lien avec ce pays que leur origine nationale telle qu'elle était mentionnée sur leur passeport soviétique »¹⁴. Elles ont, en revanche, estimé, qu'un requérant, né et résidant sans interruption en Arménie jusqu'en 1989, appartenant à la communauté kurde yezidie, ne pouvait être regardé comme craignant d'être persécuté pour ce motif par les autorités arméniennes et qu'il était en droit de revendiquer la nationalité de ce pays¹⁵.

Étendant le raisonnement tiré de cette jurisprudence, à d'autres pays que ceux issus de l'ancienne Union soviétique, la Commission s'est ainsi fondée sur le refus de demander, sans motif valable, à être placé sous la protection des autorités érythréennes, pour rejeter la demande présentée par le requérant¹⁶.

Dans la lignée de sa jurisprudence constatant la mise en place depuis juillet 1999 de la Mission intérimaire des Nations unies (MINUK) dotée des plus larges pouvoirs pour assurer l'administration de la province et pourvoir à l'installation « d'institutions d'auto administration démocratique »¹⁷, la Commission a apprécié l'attitude de celle-ci à l'égard des agissements de membres du Parti démocratique du Kosovo (PDK)¹⁸ ou imputables à l'Armée de libération du Kosovo (UCK)¹⁹, pour en conclure dans les deux cas qu'ils ne pouvaient être regardés comme encouragés ou tolérés volontairement par les autorités aujourd'hui investies du pouvoir au Kosovo en vertu d'un mandat des Nations unies²⁰.

Enfin, tenant compte des statuts juridiques particuliers dont font l'objet certaines parties des États d'origine des demandeurs, la Commission a reconnu l'existence d'un statut spécial d'autonomie du district de Brcko, en Bosnie Herzégovine, placé en dehors de la juridiction de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et de la Republika Srpska, et gouverné par des autorités multiethniques, pour en conclure qu'il ne résultait pas de l'instruction que le requérant serait personnellement exposé à des persécutions, encouragées ou tolérées volontairement par lesdites autorités²¹.

Sur le motif de persécutions tiré de l'appartenance à un certain groupe social

En 2001, la Commission avait confirmé qu'une femme exposée à une menace d'excision était fondée à se prévaloir de la qualité de réfugiée si elle ne pouvait se réclamer de la protection des autorités de son pays²². En 2002, elle a en revanche, estimé que l'excision n'était pas une pratique encouragée ou

14 - CRR, SR, 5 avril 2002, 384015, *M^{me} Osipian*.

15 - CRR, 5 avril 2002, 376059, *Bakæv*.

16 - CRR, 10 juin 2002, 384144, *Ghebrekebus*.

17 - CRR, SR, 17 novembre 1999, *Feka*, rec. 1999, p. 71.

18 - CRR, 5 mars 2002, 391235, *Kastrati*.

19 - CRR, 10 septembre 2002, 397022, *Haxhiu*.

20 - Conformément à la jurisprudence *Dankha* : CE, sect. 27 mai 1983, Leb. p. 220.

21 - CRR, 17 octobre 2002, 401755, *Sinanovic*.

22 - CRR, SR, 7 décembre 2001, *Sissoko*, rec. 2001, p. 44-45.



volontairement tolérée par les autorités publiques ghanéennes. Dans la même espèce, elle a en outre considéré qu'à la supposer établie, la circonstance qu'elle ait quitté son pays par crainte des représailles de ses parents en raison de son refus de se marier avec un homme choisi par ceux-ci, ne relevait pas du champ d'application de l'article 1^{er}, A, 2 de la convention de Genève²³.

La Commission s'est aussi prononcée sur le cas d'une ressortissante algérienne invoquant son refus de se soumettre à la Charia., en jugeant qu'elle ne pouvait être regardée comme appartenant à un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe social²⁴.

Sur l'actualité des craintes de persécutions

La Commission a été amenée à reconsidérer les craintes de ressortissants afghans depuis la chute du régime des Talibans après la signature le 4 décembre 2001, de l'accord de Bonn organisant la transition démocratique en Afghanistan. Dès lors, elle a estimé que les craintes invoquées à l'égard des anciennes autorités afghanes ne pouvaient plus être regardées comme fondées, compte tenu des changements politiques survenus dans ce pays²⁵.

De même, elle a pris en compte les changements de circonstances politiques survenus à Madagascar²⁶ et au Sri Lanka où elle a tiré les conséquences de la victoire du Parti national unifié (UNP) aux élections législatives de décembre 2001²⁷. En revanche, elle a estimé que « si l'évolution de la situation générale à Djibouti peut apparaître incertaine quant à la nature démocratique du régime et à la sécurité des biens et des personnes, ni les pièces du dossier ni les déclarations faites en séance publique devant la Commission ne permettent de tenir pour établi que l'intéressé soit actuellement menacé d'être personnellement victime de persécutions au sens de la convention de Genève, en cas de retour dans ce pays où son père séjourne actuellement sans être inquiété par les autorités publiques²⁸ ».

Sur l'application des clauses d'exclusion

Les formations de jugement de la Commission ont poursuivi leur analyse « *des raisons sérieuses de penser* » qui, conformément aux stipulations de l'article 1^{er} F de la convention de Genève, justifient qu'un demandeur soit exclu du bénéfice de ces dernières. Elles ont ainsi estimé que la circonstance qu'un requérant, ancien chef d'état-major de l'armée rwandaise ne serait pas poursuivi devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda, n'avait pas d'influence, en l'espèce, sur sa situation au regard des dispositions de la convention de Genève²⁹.

23 - CRR, 26 février 2002, 390656, *M^{lle} Talata*.

24 - CRR, 13 février 2002, 381492, *M^{lle} Kheddouma*.

25 - CRR, 14 juin 2002, 400706, *Miry*.

26 - CRR, 10 septembre 2002, 399583, *M^{me} Rafalason ép. Rakotondratsima*.

27 - CRR, 10 mai 2002, 366478, *Somasiri*.

28 - CRR, 29 mai 2002, 376913, *Mohamed Ahmed Dini*.

29 - CRR, 16 juillet 2002, 374390, *Serubuga*.



Dans le cadre de l'application des stipulations de l'article 1^{er} F b³⁰, elles ont jugé que l'appartenance à une bande armée responsable de graves violences en Sierra Leone, dès lors que les déclarations selon lesquelles le requérant ne se serait jamais associé à ses agissements s'avéraient non convaincantes, justifiaient l'exclusion de ce dernier du bénéfice desdites stipulations³¹.

Elles ont en outre été conduites à mettre en œuvre les stipulations de l'article 1^{er} F c³², dans le cas d'un officier des services de renseignement de la gendarmerie nationale de la République Démocratique du Congo, dont le rang le conduisait nécessairement à être impliqué dans l'arrestation d'opposants, après avoir toutefois constaté que l'intéressé n'était plus placé sous la protection du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés³³. S'attachant à examiner plus particulièrement le comportement personnel de l'intéressé, elles ont constaté par ailleurs qu'un officier des services de renseignements syriens qui avait mené des activités d'espionnage et de surveillance ne s'était pas désolidarisé des méthodes employées par ces services³⁴. Enfin dans le cas d'un officier de police algérien affecté au groupe d'intervention rapide et auteur d'exactions à l'encontre de sympathisants islamistes, elle a pris en compte la longueur de la carrière de l'intéressé et l'absence de sanctions consécutives aux refus d'obéissance allégués, pour aboutir à la même conclusion³⁵.

Sur les nouvelles demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié

Dans sa décision *Thiagarasa* du 28 avril 2000³⁶, le juge de cassation avait précisé que « lorsque le demandeur du statut de réfugié se prévaut d'un fait nouveau, la Commission, lorsqu'elle estime que ce fait nouveau est pertinent et établi doit se prononcer sur le droit de l'intéressé en tenant compte de l'ensemble des faits qu'il invoque dans sa nouvelle demande, y compris ceux déjà examinés par la Commission ».

Dans la lignée de cette décision, les Sections réunies de la Commission ont jugé en 2002 qu'« un recours formé contre une nouvelle décision négative de l'Office n'est recevable et ne peut être examiné au fond que si l'intéressé invoque des faits intervenus postérieurement à la précédente décision de la Commission ou dont il peut être tenu pour établi qu'il n'a pu en avoir connais-

30 - Selon lesquelles « Les dispositions de cette convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura de sérieuses raisons de penser : [...] b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés [...] ». »

31 - CRR, 11 avril 2002, 387148, *Dukuray*.

32 - Les dispositions de cette convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser : [...] c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies.

33 - CRR, 29 mai 2002, 354794, *Bassila Posho*. Le mandat du HCR constitue, en vertu de l'article 2 alinéa 2 de la loi du 25 juillet 1952, l'un des fondements possibles de la reconnaissance de la qualité de réfugié, s'il s'exerce au titre des articles 6 et 7 de son statut.

34 - CRR, 27 mars 2002, 378873, *Alsayel*.

35 - CRR, 11 septembre 2002, 378593, *Kerboub*.

36 - Publié aux tables du recueil Lebon ; recueil de jurisprudence de la Commission des recours des réfugiés 2000, p. 108.

sance que postérieurement à cette décision. Il appartient alors à la Commission d'examiner s'ils sont établis et pertinents et s'ils remplissent ces deux conditions, de se prononcer au vu de l'ensemble des faits que le requérant invoque dans sa nouvelle demande, y compris ceux que la Commission a déjà examinés »³⁷.

Il a été précisé que, pour rendre la nouvelle demande recevable, les faits allégués intervenus postérieurement à la précédente décision de la Commission devaient être relatifs à la situation personnelle du requérant et ne pas se limiter à l'invocation de la situation générale prévalant dans le pays³⁸.

À cet égard, la participation avérée à un mouvement de grève de la faim en France relayé par la presse et destiné, notamment à dénoncer l'attitude des autorités turques vis-à-vis des populations kurdes, constituait un fait nouveau, pouvant justifier l'existence de craintes fondées, de persécutions dès lors que ce mouvement était connu des autorités du pays d'origine³⁹.

37 - CRR, SR, 5 avril 2002, 379929, *Keryan*.

38 - CRR, 24 juin 2002, 391882, *Ngoma*.

39 - CRR, 14 juin 2002, 389398, *Avcil*.



Vue d'ensemble de l'activité des juridictions spécialisées

	2001			2002		
	Affaires entrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31/12	Affaires entrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31/12
Juridictions sociales						
Commission nationale du contentieux de la tarification sanitaire et sociale	83	53	353	74	42	385
Commission centrale d'aide sociale	2 852	3 630	3 450	2 444	2 928	2 966
Commission supérieure des soins gratuits	29	34	10	14	20	4
Juridictions disciplinaires						
Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins	360	424	239	378	502	115
Section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des médecins	106	302	239	186	303	122
Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	118	89	71	113	114	70
Section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	62	79	18	60	51	27
Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des pharmaciens	59	75	47	64	66	45
Section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des pharmaciens	13	21	8	27	14	21
Chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires	21	32	15	20	23	12
Chambre nationale de discipline des architectes	34	73	105	36	46	95
Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts	4	2	3	3	6	0
Chambre nationale de discipline des commissaires aux comptes	18	22	7	8	14	1
Chambre nationale de discipline de l'ordre des experts-comptables	22	18	31	9	13	27
Autres juridictions						
Commission des recours des réfugiés	26 140	22 086	13 043	31 502	23 916	20 629
Commission spéciale de la taxe d'apprentissage	205	212	79	219	187	111



Avis du Conseil d'État en 2002



Avis du Conseil d'État en 2002

En vertu de l'article 23 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, le Conseil d'État peut être consulté par les ministres « sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».

Il peut en outre être saisi de demandes d'avis portant sur la répartition des compétences entre les différentes collectivités publiques en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française.

Ces demandes d'avis sont traitées par la Section administrative du Conseil d'État à laquelle sont rattachés le département ministériel ou la catégorie d'affaires en cause. Toutefois, les avis peuvent être rendus, après un premier examen par la Section compétente, pour l'Assemblée générale du Conseil d'État.

Les avis reproduits ci-après donnent un aperçu de l'éventail des questions, d'ampleur et de complexité inégales, sur lesquelles le Conseil d'État a été consulté au cours de l'année, ainsi que du mode d'exercice de cette attribution administrative qui, pour être moins importante en fait que sa participation à la confection des lois, ordonnances et décrets, le conduit néanmoins à rappeler ou clarifier la portée des règles en vigueur.

Il n'est pas inutile de préciser que les formations administratives du Conseil d'État se refusent à répondre à une demande d'avis lorsque le point de droit directement en cause fait l'objet d'un recours contentieux devant une juridiction. En outre, lorsque les questions posées risquent de donner matière à des contentieux, la formation administrative prend soin de préciser que son avis est donné sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes.

Agriculture, chasse et pêche

■ Section des travaux publics – Avis n° 368.249 – 22 octobre 2002

Remembrement rural – Conséquences à tirer de l'annulation de l'arrêté préfectoral ordonnant le remembrement – Validation législative – Financement d'un second remembrement – Notion de terrain à bâtir.

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi par le ministre de l'agriculture à la suite de difficultés rencontrées pour l'exécution de déci-



sions juridictionnelles en matière de remembrement rural, des questions de savoir :

1° quelles conséquences il convient de tirer de l'annulation de l'arrêté préfectoral ordonnant le remembrement et en fixant le périmètre

a) lorsque les actes suivants de la procédure sont devenus définitifs ;

b) lorsque les actes suivants de la procédure ne sont pas devenus définitifs ;

quelles sont dans l'un et l'autre cas les obligations de l'administration. Lorsque l'administration reprend la totalité de la procédure, sur quels textes et quelles circonstances de fait doit-elle fonder ses nouvelles décisions ;

2° s'il est possible de recourir en la matière à une validation législative ;

3° quelles conséquences il convient de tirer, en cas d'annulation de l'arrêté ordonnant un second remembrement, de l'impossibilité de recueillir l'accord des propriétaires ;

4° si les terrains situés en zone A d'un plan local d'urbanisme doivent, du seul fait qu'ils peuvent recevoir des constructions à usage agricole, être regardés comme des terrains à bâtir au sens du 4° de l'article L. 123-3 du code rural ;

Vu le code rural, notamment les titres II et III ;

Vu le code de l'urbanisme, notamment l'article R. 123-7 ;

Vu le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, notamment l'article L. 13-15 ;

Vu le code de justice administrative, notamment l'article R. 931-7 ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

1. Aux termes de l'article R. 931-7 du code de justice administrative : « Lorsqu'une juridiction administrative a annulé pour excès de pouvoir un acte administratif ou, dans un litige de pleine juridiction, a rejeté tout ou partie des conclusions présentées en défense par une collectivité publique, l'autorité intéressée a la faculté de demander au Conseil d'État d'éclairer l'administration sur les modalités d'exécution de la décision de justice. Ces demandes donnent lieu à la désignation d'un rapporteur dont la mission auprès de l'administration s'exerce sous l'autorité du président de la section du rapport et des études. Le cas échéant, il est fait mention de l'affaire dans le rapport annuel du Conseil d'État. »

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a estimé que ces dispositions qui organisent la procédure que l'administration doit nécessairement suivre lorsqu'elle se heurte à des difficultés pour l'exécution de décisions déterminées rendues par les juridictions administratives ne faisaient pas obstacle à l'examen des questions posées, en raison de la généralité de leur portée.

2. Il résulte de la jurisprudence des formations contentieuses du Conseil d'État que l'arrêté préfectoral ordonnant le remembrement dans une ou plusieurs communes et en fixant le périmètre (article L. 121-4 du code rural), qui n'a le caractère ni d'une décision individuelle ni d'un acte réglementaire, ne constitue pas avec les décisions qui le précèdent (constitution de la commission



communale) et le suivent (décisions de la commission départementale d'aménagement foncier, arrêté de clôture du remembrement, constitution de l'association foncière) une opération complexe. Mais il n'en résulte pas pour autant que l'annulation de cet acte ne puisse affecter par voie de conséquence la légalité des actes postérieurs. Les conséquences à tirer de l'annulation de l'arrêté ordonnant le remembrement et en fixant le périmètre différent suivant que les actes suivants de la procédure sont ou non devenus définitifs.

a) Lorsque les décisions qui suivent l'arrêté ordonnant le remembrement et en fixant le périmètre sont devenues définitives, soit qu'elles n'aient pas été contestées dans le délai de recours soit que les recours formés à leur encontre aient été rejetés, leur légalité n'est pas affectée par l'annulation de l'arrêté ordonnant le remembrement. Les transferts de propriété résultant de ces actes doivent eux-mêmes être regardés comme définitifs.

Dans un tel cas, l'administration doit seulement prendre un nouvel arrêté purgé du vice qui l'affectait. Le propriétaire bénéficiaire de l'annulation que l'acte illégal aurait lésé peut, le cas échéant, demander à être indemnisé du préjudice que l'illégalité de l'acte a pu lui causer.

b) Lorsque les actes qui ont suivi l'arrêté ordonnant le remembrement ne sont pas devenus définitifs, l'annulation de cet arrêté est susceptible d'entraîner l'annulation par voie de conséquence de ceux des actes postérieurs qui, soit font application de l'arrêté annulé, soit sont pris sur son fondement. L'administration peut, sans attendre leur annulation, reprendre légalement ceux de ces actes qui sont vulnérables, à l'exception des décisions individuelles créatrices de droits qui, en vertu de la jurisprudence résultant de la décision d'Assemblée *Ternon* du 26 octobre 2001, ne peuvent être retirées que dans un délai de 4 mois après leur intervention. Elle a naturellement l'obligation de reprendre ces actes s'ils ont eux-mêmes été annulés.

c) Lorsque la procédure est reprise, il ressort de la jurisprudence que l'administration doit appliquer la réglementation en vigueur à la date de la nouvelle décision. Elle doit, en revanche, se référer en principe à la situation de fait existant à la date d'ouverture de la procédure de remembrement. Il peut en résulter des difficultés d'exécution insurmontables susceptibles de justifier une intervention du législateur afin de faciliter, dans de telles hypothèses, le recours à des procédures d'indemnisation.

3. La possibilité de recourir à une validation législative, en matière de remembrement rural comme en toute autre, reste subordonnée à la double condition de ne pas porter atteinte à l'autorité de la chose jugée et d'être justifiée par un intérêt général suffisant.

4. L'article L. 121-15 du code rural qui figure à la section III, intitulée « Financement et exécution des opérations », du chapitre I^{er} du titre II du code rural dispose en son troisième alinéa : « Dans les communes dont tout ou partie du territoire a déjà fait l'objet d'un des modes d'aménagement foncier rural mentionnés aux 1^o, 2^o, 5^o et 6^o de l'article L. 121-1 et lorsque les deux tiers des propriétaires, représentant les trois quarts de la surface, ou les trois quarts des propriétaires, représentant les deux tiers de la surface situés dans les nouveaux périmètres proposés par la commission communale ou intercommunale d'aménagement foncier, sont d'accord pour s'engager financièrement dans de nouvelles opérations d'aménagement foncier utilisant l'un de ces



modes, le département peut exiger une participation financière de l'ensemble des propriétaires ou des exploitants concernés. La participation des intéressés, qui peut aller jusqu'à la prise en charge totale des frais engagés, est calculée sur les bases de répartition fixées par le département [...] ».

Il résulte clairement de ces dispositions que l'accord des propriétaires requis dans ce cas est seulement destiné à permettre au département à qui, en vertu du 1^{er} alinéa du même article L. 121-15, incombent les dépenses relatives aux opérations d'aménagement foncier, de partager avec eux la charge des frais d'un second remembrement.

Si un remembrement entrepris dans ces conditions a été annulé à un stade tel de la procédure (par exemple du fait de la composition irrégulière de la commission communale) qu'il soit nécessaire, pour la reprendre légalement, de recueillir à nouveau l'accord des propriétaires et qu'en raison du temps écoulé cet accord ne puisse plus être obtenu, la procédure doit néanmoins pouvoir être poursuivie. La seule conséquence de l'absence d'accord est alors que le département doit, comme s'il s'agissait d'un premier remembrement, en supporter tous les frais.

5. Parmi les terrains à utilisation spéciale qui doivent, en vertu du 4^o de l'article L. 123-3 du code, être réattribués à leur propriétaire, figurent « les immeubles présentant à la date de l'arrêté fixant le périmètre de remembrement les caractéristiques d'un terrain à bâtir au sens du 1^o du paragraphe II de l'article L. 13-15 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ». Il résulte de ce texte et de la jurisprudence qu'ont ce caractère les terrains qui sont tout à la fois effectivement desservis par des réseaux suffisants et sont situés dans une zone constructible du plan d'occupation des sols. Si la commune ne dispose pas de plan d'occupation des sols, les terrains doivent se trouver dans la partie urbanisée de la commune ou dans une zone désignée comme constructible selon la procédure fixée à l'article L. 111-1-3 du code de l'urbanisme.

L'ancien article R. 123-18 du code de l'urbanisme définissait les zones NC des plans d'occupation des sols comme « des zones de richesses naturelles à protéger en raison de la valeur agricole des terres ou de la richesse du sol ou du sous-sol ». Les terrains situés dans ces zones ne sont pas en principe constructibles.

L'article R. 123-7 du code de l'urbanisme issu du décret N° 2001-260 du 27 mars 2001, qui s'est substitué à la partie de l'ancien article R. 123-18 relatif aux zones NC, dispose désormais que : « Les zones agricoles sont dites "zones A". Peuvent être classés en zone agricole les secteurs de la commune, équipés ou non, à protéger en raison du potentiel agronomique, biologique ou économique des terres agricoles. Les constructions et installations nécessaires aux services publics ou d'intérêt collectif et à l'exploitation agricole sont seules autorisées en zone A ». La possibilité de construire dans ces zones notamment des constructions à usage agricole est désormais expressément prévue par le texte réglementaire mais elle existait déjà sous l'empire du texte précédent en vertu des POS eux-mêmes. Il en résulte que la nouvelle définition des zones agricoles dans le code de l'urbanisme devrait rester sans incidence sur la notion de « terrains à bâtir » au sens et pour l'application des règles relatives au remembrement rural. La jurisprudence n'a pas encore eu à



trancher cette question, mais on peut estimer que, sauf à rendre tout remembrement impossible, le fait que des constructions à usage agricole ou d'intérêt collectif puisse être implantées dans ces zones ne confère pas aux terrains qui s'y trouvent le caractère de « terrains à bâtir ».

Bien que l'article L. 123-3 du code rural se réfère à l'article L. 13-15 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, des décisions juridictionnelles rendues dans des litiges relatifs à des indemnisations consécutives à des procédures d'expropriation ne paraissent pas transposables en matière de remembrement.

Capitaux, monnaie, change

■ Section des finances – Avis n° 368.230 – 30 octobre 2002

Banques – Conventions de compte de dépôt – Arrêté portant application de l'article L. 312-1-1 du code monétaire et financier précisant les principales stipulations devant figurer dans ces conventions.

Le Conseil d'État (section des finances), saisi par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie des questions suivantes relatives au projet d'arrêté portant application de l'article L. 312-1-1 du code monétaire et financier précisant les principales stipulations devant figurer dans les conventions de comptes de dépôt :

1°) l'exclusion de l'obligation d'établissement d'une convention de compte de dépôt des comptes ouverts à des non-résidents, sauf à la demande de leurs titulaires, ne crée-t-elle pas une discrimination, notamment au plan communautaire ?

2°) le dispositif prévu par le projet d'arrêté qui permet aux établissements de crédit et aux organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier de recourir pour les moyens de paiement autres que le chèque à une « convention spécifique » leur évitant ainsi d'intégrer dans la convention de compte elle-même les informations relatives à ces moyens de paiement est-il conforme aux dispositions de la loi ?

3°) les découverts autorisés accordés par les établissements bancaires à des titulaires de comptes de dépôt peuvent-ils être regardés comme entrant dans le champ de la convention de compte et, dans l'affirmative, peuvent-ils faire l'objet de « conventions spécifiques » distinctes ?

4°) la solution envisagée pour les comptes de dépôt ouverts avant le 1^{er} juillet 2002 (une certaine date) qui consiste pour les établissements bancaires à indiquer aux titulaires de ces comptes que les accords antérieurement conclus, relatifs à l'usage d'un chéquier et d'autres moyens de paiement, à la possibilité et aux modalités d'un découvert autorisé et aux modalités de procuration, restent applicables sous réserve de leur compatibilité avec les dispositions du projet d'arrêté tout en les informant qu'ils peuvent demander une convention formalisant par écrit ces accords, est-elle régulière au fond ?



Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

Sur la première question :

Les dispositions du premier alinéa de l'article L. 312-1-1 du code monétaire et financier prévoient que la gestion de tout compte de dépôt est réglée par une convention écrite passée entre le client et son établissement de crédit. Elles ne font aucune distinction entre les comptes de cette nature en fonction de la résidence de leurs titulaires au sens du décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger. Dès lors, en prévoyant que les comptes ouverts à des non-résidents ne seront pas concernés par l'obligation d'établissement d'une convention de compte qui ne serait conclue que si leurs titulaires en faisaient la demande, le projet d'arrêté restreint le champ d'application de la loi.

Sur la deuxième question :

Afin de normaliser les relations entre les établissements bancaires et leur clientèle de particuliers et d'assurer une information complète des titulaires de comptes de dépôt, le législateur a posé l'exigence d'une convention qui regroupe l'ensemble des règles relatives aux opérations afférentes à ces comptes et donné dans ce but une large habilitation au pouvoir réglementaire quant à son contenu. En précisant que cette convention devait comporter les « conditions générales et tarifaires d'ouverture, de fonctionnement et de clôture » desdits comptes, le législateur a exclu la possibilité de conclure entre les deux parties plusieurs contrats distincts portant sur ces conditions générales et tarifaires. En revanche, le droit des contrats ne fait pas obstacle à ce qu'un contrat renvoie à des conventions annexes sous réserve que ce contrat informe clairement les parties de l'objet et de la portée de ces conventions annexes.

Le législateur, en se référant aux principales stipulations de la convention de compte de dépôt, y a nécessairement compris les stipulations relatives aux moyens de paiement dont l'utilisation est indissociable du fonctionnement de ce compte. L'arrêté doit en conséquence mentionner, parmi les principales stipulations de la convention de compte de dépôt, celles relatives aux conditions de délivrance, d'utilisation et de retrait de ces moyens ainsi qu'aux tarifs applicables aux opérations correspondantes. Mais une telle obligation n'exclut pas que l'arrêté prévoit que la convention de compte de dépôt elle-même puisse renvoyer à une convention spécifique qui lui est annexée la fixation des conditions d'utilisation des moyens de paiement, et notamment de la carte de paiement, à condition que l'arrêté précise la nature des stipulations essentielles que la convention spécifique annexée doit obligatoirement comporter et impose à la convention de compte d'indiquer, en termes clairs pour l'information du client, l'existence de la convention spécifique annexée et son objet.

Sur la troisième question :

Un découvert autorisé d'une durée inférieure à trois mois et, par suite, non soumis aux dispositions des articles L. 311-1 et suivants du code de la consommation, constitue une facilité de trésorerie qui, lorsqu'elle est accordée, relève du fonctionnement du compte de dépôt. En conséquence, l'arrêté du ministre doit légalement prévoir, en application de l'habilitation législative qui lui est donnée par l'article L. 312-1-1 du code monétaire et



financier, que la convention de compte de dépôt mentionnera l'existence d'une telle autorisation au cas où elle serait accordée.

Rien ne s'oppose à ce que les conditions de ce découvert autorisé soient fixées par une convention spécifique annexée à la convention de compte de dépôt et conclue entre le banquier et le client à la condition que l'arrêté précise la nature des stipulations essentielles que la convention spécifique doit obligatoirement comporter et impose à la convention de compte d'indiquer, en termes clairs pour l'information du client, l'existence de la convention spécifique annexée et son objet.

Sur la quatrième question :

Les dispositions du III de l'article 13 de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, applicables aux comptes de dépôt ouverts avant le 12 décembre 2002, date d'entrée en vigueur de la loi, ne peuvent plus être appliquées aux comptes ouverts avant le 1^{er} juillet 2002 dès lors que ces dispositions prévoient que les établissements bancaires devaient envoyer au plus tard le 1^{er} juillet 2002, pour les comptes ouverts avant cette date, un projet de convention de compte à leurs clients et que cette procédure n'a pu être mise en œuvre avant cette date en l'absence d'intervention de l'arrêté ministériel mentionné à l'article L. 312-1-1. Seul un report par le législateur de la date limite fixée au 1^{er} juillet 2002 permettrait aujourd'hui de mettre en œuvre la procédure prévue par le III de l'article 13.

En outre, dans le cas où le législateur se bornerait à reporter la date limite du 1^{er} juillet 2002, les modalités prévues par le III de l'article 13 de la loi resteraient applicables. La mise en œuvre de la procédure souhaitée par le ministre qui diffère de celle prévue par le texte, implique donc une modification des modalités prévues par le III de l'article 13 qui ne peut être faite que par la loi.

Collectivités territoriales

■ Section de l'intérieur – Avis n° 367.767 – 3 juillet 2002

Collectivités territoriales – Dispositions particulières à Paris – Statut du personnel des administrations parisiennes.

Le Conseil d'État (section de l'Intérieur), saisi par le ministre de l'intérieur et le ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État des questions suivantes :

1°) Le décret du 24 mai 1994 peut-il valablement être interprété comme faisant obstacle à l'application aux administrations parisiennes des dispositions introduites dans la loi du 26 janvier 1984 postérieurement au 1^{er} septembre 1997 ?

2°) Faut-il au moins réserver le cas de ces dispositions qui n'auraient pas un caractère statutaire ?

3°) Les dispositions de l'article 21 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 sont-elles statutaires ?



Vu la Constitution, notamment ses articles 34, 37 et 72 ;

Vu la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, notamment son article 118 dans sa rédaction issue de la loi n° 87-529 du 13 juillet 1987 ;

Vu la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale, notamment son article 21 ;

Vu le décret n° 94-415 du 24 mai 1994 portant dispositions statutaires relatives aux personnels des administrations parisiennes, modifié par le décret n° 96-892 du 7 octobre 1996 et le décret n° 99-732 du 26 août 1999, en particulier ses articles 4, 22 et 44 ;

Vu le décret n° 2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'État ;

Vu le décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 pris pour l'application de l'article 7-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique territoriale ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Sur la première question :

I. – Aux termes du premier alinéa du I de l'article 118 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale dans sa rédaction issue de la loi n° 87-529 du 13 juillet 1987, « La commune et le département de Paris, ainsi que leurs établissements publics, disposent de fonctionnaires organisés en corps. Les personnels de ces collectivités et établissements sont soumis à un statut fixé par décret en Conseil d'État qui peut déroger aux dispositions de la présente loi. Ce statut peut être commun à l'ensemble des collectivités et établissements mentionnés ci-dessus ou à certains d'entre eux. »

Ainsi que l'a jugé le Conseil d'État statuant au Contentieux, ces dispositions habilite le Gouvernement, agissant par décret en Conseil d'État, à édicter des dérogations au statut général de la fonction publique territoriale, à laquelle appartiennent les personnels de l'administration parisienne, mais non à poser en principe que ces personnels puissent voir leur situation régie par les règles applicables à la fonction publique de l'État.

II. – À l'effet de prendre en compte le caractère particulier de la situation des personnels intéressés, le décret n° 94-415 du 24 mai 1994 portant dispositions statutaires relatives aux personnels des administrations parisiennes, pris en Conseil d'État, a fixé, notamment dans ses articles 4 et 22 les règles suivantes.

Selon le premier alinéa de l'article 4 de ce décret dans sa rédaction initiale, la loi du 26 janvier 1984 est applicable aux personnels des administrations parisiennes « dans sa rédaction en vigueur à la date de publication du présent décret, sous réserve des dérogations prévues ci-dessous ».

Le deuxième alinéa de l'article 4 dudit décret, qui est demeuré inchangé, précise que « Sont également applicables, dans les mêmes conditions, à ces



personnels les dispositions des décrets pris pour l'application de ceux des articles de la loi du 26 janvier 1984 [...] qui leur sont applicables en vertu du présent décret ».

Le troisième alinéa de l'article ajoute que « Sauf disposition contraire, toute modification d'une disposition mentionnée à l'alinéa précédent est applicable de plein droit à ces personnels. »

De son côté, le premier alinéa de l'article 22 du décret du 24 mai 1994, dans sa rédaction d'origine, a rendu applicables aux personnels des administrations parisiennes plusieurs articles de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État et des décrets pris pour leur application « dans leur rédaction applicable à la date de publication du présent décret. »

Le second alinéa de l'article 22 a prévu que toute modification d'une disposition réglementaire mentionnée au premier alinéa est, de plein droit, applicable « sauf disposition contraire ».

Enfin le décret du 24 mai 1994 a énuméré dans son chapitre III « des dispositions spécifiques » aux personnels intéressés.

III. – Selon des modalités différentes suivant que sont en cause des dispositions législatives nouvelles modifiant la loi du 26 janvier 1984 ou des modifications apportées à des textes réglementaires eux-mêmes déjà applicables, ces dispositions ont pour objet de permettre au Gouvernement agissant par voie de décret en Conseil d'État pris après avis du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale et du Conseil supérieur des administrations parisiennes, comme l'exigent respectivement l'article 9 de la loi du 26 janvier 1984 et l'article 44 du décret du 24 mai 1994, d'apprécier au cas par cas s'il y a lieu de ne pas appliquer aux personnels des administrations parisiennes les changements ou compléments apportés par la loi aux dispositions d'ordre statutaire relatives à la fonction publique territoriale et dans l'affirmative, s'il convient, soit d'étendre à ces personnels des règles régissant la fonction publique de l'État, soit d'édicter des dispositions spécifiques.

Au demeurant, lorsque le Gouvernement a entendu rendre applicables aux personnels des administrations parisiennes plusieurs des modifications apportées à la loi du 26 janvier 1984, postérieurement à la publication du décret du 24 mai 1994, il a reporté la date de référence figurant à l'article 4 de ce décret, en retenant celle du 1^{er} septembre 1995 par le décret n° 96-892 du 7 octobre 1996 puis celle du 1^{er} septembre 1997 par le décret n° 99-732 du 26 août 1999 qui a procédé à la dernière modification.

Il suit de là que les dispositions combinées de l'article 118 de la loi du 26 janvier 1984 et du décret du 24 mai 1994, dans sa rédaction présentement en vigueur, font obstacle à ce que puissent s'appliquer aux personnels des administrations parisiennes, en l'absence de décret en Conseil d'État pris en ce sens, les diverses modifications apportées à la loi du 26 janvier 1984 postérieurement au 1^{er} septembre 1997.

Sur la deuxième question :

L'analyse qui précède postule qu'il y a adéquation entre d'une part, le critère d'ordre formel retenu par l'article 4 du décret du 24 mai 1994 qui consiste à se



référer à la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, dans sa rédaction en vigueur à un moment déterminé et d'autre part, le critère matériel tiré de ce que, par son contenu, la loi du 26 janvier 1984, ainsi que le suggère son intitulé, comporte des dispositions à caractère statutaire. La deuxième question posée invite néanmoins à envisager l'hypothèse où le législateur aurait introduit dans la loi du 26 janvier 1984 une disposition dont le caractère statutaire ne serait pas établi.

Toutefois, la seule circonstance que le législateur aurait adopté une conception extensive de la notion de disposition statutaire dans le droit de la fonction publique ne dispenserait pas le pouvoir réglementaire de se conformer aux termes de la loi du 26 janvier 1984, telle que le législateur l'a modifiée et complétée, et d'en tirer les conséquences quant au point de savoir s'il y a lieu de l'appliquer ou d'y déroger en ce qui concerne les personnels des administrations parisiennes dans le respect des dispositions du décret du 24 mai 1994.

Sur la troisième question :

L'article 21 de la loi du 3 janvier 2001 susvisée est ainsi rédigé :

« Après l'article 7 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 précitée, il est inséré un article 7-1 ainsi rédigé :

« *Art. 7-1.* – Les règles relatives à la définition, à la durée et à l'aménagement du temps de travail des agents des collectivités territoriales et des établissements publics mentionnés au premier alinéa de l'article 2 sont fixées par la collectivité ou l'établissement, dans les limites applicables aux agents de l'État, en tenant compte de la spécificité des missions exercées par ces collectivités ou établissements.

« Les régimes de travail mis en place antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale peuvent être maintenus en application par décision expresse de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement prise après avis du comité technique paritaire, sauf s'ils comportent des dispositions contraires aux garanties minimales applicables en matière de durée et d'aménagement du temps de travail. »

Il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que l'article 7-1 ainsi ajouté à la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale par l'article 21 de la loi du 3 janvier 2001 ne peut être rendu applicable aux agents des administrations parisiennes que par un décret en Conseil d'État, pris après avis du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale et du Conseil supérieur des administrations parisiennes modifiant le décret du 24 mai 1994.

Le Conseil d'État relève à cet égard que si le respect de ces règles s'avère impossible en raison du refus de l'instance consultée de se prononcer sur le projet de décret soumis à son avis, la régularité de la procédure d'élaboration de ce décret ne s'en trouve pas pour autant affectée.



Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique

■ Section des travaux publics – Avis n° 368.246 – 15 octobre 2002

Réglementation des activités économiques – Négoce d'électricité – Interprétation de l'article 22 de la loi du 10 février 2000.

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi par la ministre déléguée à l'industrie des questions suivantes :

1. Faut-il considérer que les dispositions de l'article 22 de la loi du 10 février 2000 ont pour unique objet de soumettre à certaines conditions l'activité de négoce d'électricité, lorsqu'elle est menée par des producteurs nationaux et ne font, a contrario, pas obstacle à ce que ce négoce soit exercé librement par des « grossistes » installés en France ou dans d'autres États membres de la Communauté européenne ?

Doit-on, au contraire, interpréter ces dispositions, dès lors qu'elles se présentent comme définissant exhaustivement les catégories de clients éligibles et n'évoquent un possible négoce d'électricité au profit de certains d'entre eux, comme interdisant l'activité d'achat pour revente, réserve faite des catégories d'opérateurs ainsi mentionnés ?

2. Si c'est la seconde branche de l'alternative qui est retenue, convient-il néanmoins de considérer que la loi du 10 février 2000 ne fait pas obstacle à une activité d'achat pour revente qui serait menée par des « grossistes » installés sur le territoire d'un autre État membre de la Communauté européenne et régis par le droit de cet État, y compris dans l'hypothèse où il s'agirait de filiales d'opérateurs français ?

Vu la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ;

Vu la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ;

Vu le décret n° 2000-1069 du 30 octobre 2000 ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

I. Aux termes de l'article 2 de la directive du 19 décembre 1996 susvisée : « [...] on entend par [...] 8) “clients grossistes” : toute personne physique ou morale, si son existence est reconnue par les États membres, qui achète ou vend de l'électricité et qui n'assume pas de fonctions de transport, de production ou de distribution à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau où elle est installée ».

Quant à l'article 17 de la même directive, son §1 est ainsi rédigé :

« 1. Dans le cas de l'accès négocié au réseau, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les producteurs d'électricité et, lorsque leur existence est autorisée par les États membres, les entreprises de fourniture d'électricité ainsi que les clients éligibles, intérieurs ou extérieurs au territoire



couvert par le réseau, puissent négocier un accès au réseau pour conclure des contrats de fourniture entre eux, sur la base d'accords commerciaux volontaires ».

II. Transposant en droit français les dispositions précitées, l'article 22 de la loi du 10 février 2000 susvisée dispose :

« I. Un consommateur final dont la consommation annuelle d'électricité sur un site est supérieure à un seuil fixé par décret en Conseil d'État est reconnu client éligible pour ce site.

[...]

II. Sont, en outre, reconnus clients éligibles :

– sous réserve des dispositions du IV, les producteurs autorisés en application de l'article 7, autres que les collectivités territoriales ou les établissements publics de coopération dont elles sont membres, et les filiales de ces producteurs au sens de l'article 354 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales qui exercent l'activité d'achat pour revente aux clients éligibles ;

– les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, en vue de l'approvisionnement effectif des clients éligibles situés dans leur zone de desserte ;

– sans préjudice des dispositions du deuxième alinéa du I, les propriétaires ou les gestionnaires de réseaux ferroviaires ou de réseaux de transports collectifs urbains électriquement interconnectés en aval des points de livraison par Électricité de France ou par un distributeur non nationalisé mentionné à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée.

III. Un client éligible peut conclure un contrat d'achat d'électricité avec un producteur ou un fournisseur de son choix installé sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou, dans le cadre de l'exécution d'accords internationaux, sur le territoire d'un autre État.

Le cadre contractuel dans lequel s'effectue la fourniture d'électricité ne peut avoir une durée inférieure à trois ans par souci de l'efficacité de la programmation pluriannuelle des investissements de production, des missions de service public et dans le respect du principe de mutabilité des contrats.

IV. Les producteurs visés au II du présent article ou les filiales de ces producteurs au sens de l'article 354 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 précitée qui, afin de compléter leur offre, achètent pour revente aux clients éligibles doivent, pour exercer cette activité, obtenir une autorisation délivrée pour une durée déterminée par le ministre chargé de l'énergie après avis de la Commission de régulation de l'électricité. Pour obtenir cette autorisation, ils établissent que la quantité d'électricité achetée pour être revendue aux clients éligibles est inférieure à un pourcentage, défini par décret en Conseil d'État, de l'électricité produite à partir de capacités de production dont ils ont la disposition.

Cette autorisation peut être refusée ou retirée pour des motifs portant sur les capacités techniques, économiques ou financières du demandeur, de manière à prendre en compte la sécurité et la sûreté des réseaux publics d'électricité, des

installations et des équipements associés et la compatibilité avec les missions de service public.

Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent IV.

V. Le ministre chargé de l'énergie établit et rend publiques la liste des clients éligibles et celle des producteurs et opérateurs qui achètent pour revente aux clients éligibles. »

III. Il résulte des dispositions précitées de la directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 que ses auteurs n'ont pas entendu instituer un régime de totale liberté du négoce de l'électricité et qu'ils ont, au contraire, ouvert aux États membres la possibilité de réglementer cette activité en la soumettant à autorisation, en la réservant à certaines catégories d'opérateurs, voire même en l'interdisant.

IV. Quant à l'article 22 précité de la loi du 10 février 2000, il recèle une contradiction dans la mesure où, alors que le III pose en principe le droit pour tout consommateur éligible de s'adresser au « fournisseur » de son choix et que le V évoque l'existence d'« opérateurs », autres que les producteurs, susceptibles d'acheter pour revendre aux clients éligibles, le IV n'envisage, en la soumettant à autorisation, que l'activité de négoce exercée par les producteurs. Le texte n'étant pas clair, il y a lieu de se référer aux travaux préparatoires. Or, ceux-ci montrent que le IV de l'article 22 est issu d'amendements parlementaires et que leurs auteurs, avec l'accord du gouvernement, ont entendu réserver l'activité de négoce aux seuls producteurs déterminés par la loi.

V. Il résulte de ce qui précède que, sous réserve du cas particulier des distributeurs non nationalisés et des propriétaires ou gestionnaires de réseaux ferroviaires ou de réseaux de transports collectifs urbains, les seuls opérateurs établis en France qui peuvent exercer une activité d'achat pour revente aux clients éligibles mentionnés au I et II de l'article 22 de la loi du 10 février 2000, sont les producteurs ou leurs filiales visés au IV du même article, dès lors qu'ils y sont autorisés dans les conditions fixées par le décret du 30 octobre 2000 susvisé.

En revanche, la loi ne fait pas obstacle à ce que des clients éligibles installés en France s'approvisionnent auprès de grossistes établis hors de France, y compris des filiales d'opérateurs français, dans les conditions indiquées au III de l'article 22. Le Conseil d'État (section des travaux publics) croit devoir appeler l'attention du gouvernement sur cette situation qui crée une forme de discrimination à l'encontre des opérateurs français et pourrait les inciter à s'établir hors de France pour se livrer à des activités de négoce. Seule une modification législative pourrait remédier à cette discrimination.



Domaine

■ Section de l'intérieur – Avis n° 367.355 – 19 mars 2002

Domaine public – Consistance et délimitation – Biens dévolus au Centre psychiatrique Sainte-Anne à Paris ; Régime – Mutations domaniales.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) saisi par le Premier ministre des questions suivantes :

1°) L'État (préfecture de police) doit-il être regardé, en vertu de l'article 18 de la loi n° 64-707 du 10 juillet 1964, comme propriétaire de l'immeuble sis 3, rue Cabanis, affecté depuis sa construction au fonctionnement de l'infirmierie psychiatrique, ainsi que de son terrain d'assiette, malgré les énonciations du procès-verbal de remise des biens à l'hôpital Sainte-Anne dressé le 22 octobre 1971 ?

2°) Dans l'hypothèse d'une réponse positive à la question précédente, suffit-il de rectifier, dans les formes où il a été établi, le procès-verbal de remise des biens ou faut-il adopter des mesures d'un autre ordre ?

3°) Dans l'hypothèse d'une réponse négative à la première question, à quelle collectivité appartiennent l'immeuble de l'infirmierie psychiatrique et son terrain d'assiette ?

Vu le code de la santé publique ;

Vu la loi n° 64-707 du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne et notamment ses articles 12, 13, 18 et 38 ;

Vu l'article 25 de la loi n° 68-690 du 31 juillet 1968 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ;

Vu le décret n° 67-220 du 17 mars 1967 fixant certaines modalités d'application des articles 12, 13, 16 et 17 de la loi n° 64-707 du 10 juillet 1964 ;

Vu le décret en Conseil d'État du 9 juin 1970 portant dévolution des biens, droits et obligations de l'ancien département de la Seine (hôpitaux psychiatriques) ;

Vu le jugement d'expropriation du 15 octobre 1863 ;

Vu le procès-verbal de remise des biens à l'hôpital Sainte-Anne du 22 octobre 1971 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Sur les première et troisième questions

I. – Le terrain d'assiette du 3, rue Cabanis est entré, comme l'ensemble des parcelles n° 1 à n° 11 de ladite rue, dans le domaine public du département de la Seine par un jugement d'expropriation du 15 octobre 1863 visant à permettre la réalisation d'un établissement départemental de lutte contre les maladies mentales, en application des dispositions de la loi du 30 juin 1838 qui faisaient obligation à chaque département de créer un tel établissement. Ce dernier a été dénommé centre psychiatrique Sainte-Anne.

Par des délibérations de décembre 1961 faisant suite à un mémoire du 15 novembre 1961 du préfet de police et du préfet de la Seine, le conseil municipal de Paris et le conseil général de la Seine ont décidé le déplacement de l'infirmierie psychiatrique de la préfecture de police « sur un terrain dépendant » du centre psychiatrique Sainte-Anne, dans un nouveau bâtiment ayant un accès direct et indépendant.

Le déplacement ainsi décidé dans son principe dès 1961 n'a été réalisé que progressivement en raison de problèmes de financement, au cours d'une période marquée par l'intervention successive de la loi n° 64-707 du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne et de la loi n° 68-690 du 31 juillet 1968 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier dont l'article 25 a modifié le régime des hôpitaux psychiatriques.

II. – Le premier de ces textes n'a pas eu pour effet de transférer à l'État la propriété du terrain dépendant du centre hospitalier sur lequel a été implantée l'infirmierie psychiatrique.

Sans doute, l'article 18 de la loi du 10 juillet 1964 prévoyait-il que lorsqu'ils sont « affectés à l'usage des services de la préfecture de police transférés à l'État » les immeubles du domaine public ou du domaine privé du département de la Seine et de la ville de Paris étaient dévolus à l'État.

Mais de telles dispositions n'étaient pas applicables à l'infirmierie psychiatrique. En effet, celle-ci a pour mission de faciliter à Paris la mise en œuvre des dispositions de l'article 19 de la loi du 30 juin 1838, codifiées à la date d'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 1964, sous l'article

L. 344 du code de la santé publique. En vertu de ce texte devenu, à la suite de la loi n° 90-527 du 27 juin 1990, l'article L. 343 de ce code et présentement codifié à l'article L. 3213-2 du code annexé à l'ordonnance du 15 juin 2000 : « En cas de danger imminent, attesté par le certificat d'un médecin ou par la notoriété publique, les commissaires de police à Paris, et les maires dans les autres communes, ordonnent, à l'égard des personnes atteintes d'aliénation mentale, toutes les mesures provisoires nécessaires, à la charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au préfet, qui statuera, sans délai ». Or, ainsi que l'a jugé le Conseil d'État statuant au contentieux, il ressort de ces dispositions, rapprochées de celles qui définissent les pouvoirs de police générale du maire que, même dans les villes à police d'État, l'édition des « mesures provisoires nécessaires » en cas de « danger imminent » présenté par une personne atteinte d'aliénation mentale, relève de l'autorité municipale et non de l'État.

Il y a lieu de relever sur ce dernier point, que même si l'infirmierie psychiatrique concourt à la réalisation d'une mission de police municipale, cette circonstance n'emporte pas, à elle seule, transfert à la ville de Paris de la propriété de son nouveau terrain d'implantation.

Par ailleurs, a été sans influence sur le statut juridique du terrain d'implantation de l'infirmierie psychiatrique suite au déplacement de celle-ci sur un terrain dépendant du centre psychiatrique Sainte-Anne, la circonstance que, sur le fondement de l'article 13, alinéa 3, de la loi du 10 juillet 1964, le décret n° 67-761 du 11 septembre 1967 ait compris ce service non personnalisé parmi les établissements à caractère interdépartemental. En effet, ce classement n'a pas été suivi comme cela avait été initialement envisagé d'un transfert à la



ville de Paris, au titre de ses attributions de nature municipale, des biens et obligations afférents au centre psychiatrique.

Enfin, n'a pas davantage eu d'incidence sur la propriété du terrain d'implantation, le fait que, sur le fondement de l'article 38 de la loi du 10 juillet 1964, le décret n° 73-172 du 21 février 1973 ait rangé l'infirmerie psychiatrique au nombre des services communs d'intérêt local donnant lieu à une contribution versée à la ville de Paris par les départements de la petite couronne.

III. – Un changement a résulté en revanche, de l'intervention de la loi n° 68-690 du 31 juillet 1968 dont l'article 25 érige les hôpitaux psychiatriques en établissements publics départementaux ou interdépartementaux et transfère aux personnes publiques ainsi créées « les biens affectés à leur fonctionnement, ainsi que les droits et obligations les concernant ».

Compte tenu de la consistance du domaine public d'un établissement public d'hospitalisation telle qu'elle a été définie notamment par un avis de la Section sociale du Conseil d'État du 28 avril 1977, le transfert de biens décidé par la loi du 31 juillet 1968 doit s'entendre des bâtiments et installations appartenant à l'établissement affectés au service public et spécialement aménagés à cette fin ainsi que des dépendances et accessoires compris dans l'enceinte de l'établissement.

C'est d'ailleurs en ce sens qu'il a été fait application des dispositions de la loi de 1968 à l'hôpital psychiatrique Sainte-Anne. Un premier décret en date du 9 juin 1970 le fait figurer au nombre des établissements du département de Paris qui sont érigés en établissements publics. Un second décret du même jour porte dévolution à son profit de biens, droits et obligations de l'ancien département de la Seine. À la suite de ces décrets, le procès-verbal de dévolution établi le 22 octobre 1971, en application de l'arrêté interministériel du 22 septembre 1967 pris lui-même sur le fondement du décret n° 67-220 du 17 mars 1967, mentionne, parmi les biens transférés, l'ensemble du périmètre de l'établissement délimité par la rue Cabanis, la rue Broussais, la rue d'Alésia, pour partie, et la rue de la Santé, pour partie.

IV. – Il en résulte que le terrain d'assiette de l'infirmerie psychiatrique de la préfecture de police appartient à l'hôpital psychiatrique Sainte-Anne.

Le Conseil d'État n'a pas été en mesure de prendre position sur la situation patrimoniale de l'immeuble édifié sur la parcelle sise au n° 3 de la rue Cabanis. En effet, s'il lui a été indiqué que cet immeuble avait été achevé en 1969, aucune précision n'a été apportée quant aux conditions de délivrance du permis de construire ayant permis son édification ou à l'application éventuelle du régime d'exemption du permis de construire tel qu'il était régi par divers arrêtés ministériels pris sur le fondement de l'article 86 du code de l'urbanisme et de l'habitation alors en vigueur.

V. – Il incombe aux personnes publiques en cause de régler par voie de convention les conditions d'affectation de la partie du domaine public de l'hôpital Sainte-Anne utilisée par l'infirmerie psychiatrique.

À défaut d'accord, il serait loisible à l'État de faire usage de la procédure des mutations domaniales prévue aux articles L. 35 et R. 58 du code du domaine de l'État qui permet, sans que la propriété d'aucune partie du domaine public

d'une personne publique soit aliénée, que ce domaine reçoive, dans un intérêt public, une affectation déterminée.

Sur la deuxième question

Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de répondre à cette question qui se trouve dépourvue d'objet.

Droit communautaire

■ Assemblée générale – Avis n° 366.313 – 31 janvier 2002

Fonction publique française – Conditions et modalités d'ouverture des corps, cadres d'emplois et emplois de la fonction publique française aux ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État d'une demande d'avis sur les questions suivantes :

« 1) Quelles conséquences doivent être tirées des précisions apportées par la Commission et la jurisprudence communautaire sur le champ d'application de la dérogation au principe de libre circulation des travailleurs posée par le paragraphe 4 de l'article 39 du traité instituant la Communauté européenne ?

a) Doit-on, en particulier, considérer que la nature des questions traitées par les ministères chargés de la défense, du budget, de l'économie et des finances, de la justice, de l'intérieur, de la police et des affaires étrangères justifie que tous les corps de ces ministères, quels que soient leur niveau catégoriel et l'objet des fonctions exercées par leurs membres, soient exclus de l'ouverture aux ressortissants communautaires ?

b) S'agissant de l'ensemble des collectivités publiques, faut-il de même considérer que pourraient ne pas être ouverts aux ressortissants communautaires les corps, cadres d'emplois et emplois dont les membres sont appelés à participer, en vertu des attributions définies par leur statut particulier, à l'exercice des activités telles que l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants, quels que soient le niveau des emplois en cause et les modalités de participation des agents à l'exercice desdites activités ?

2) Les dispositions du 3^e alinéa de l'article 5 *bis* renvoient aux statuts particuliers le soin de préciser selon quelles modalités les personnes, n'ayant pas la nationalité française, peuvent être nommées dans des organes consultatifs. Dans la mesure où il s'agit, pour ces organes, de rendre des avis ou propositions s'imposant à l'autorité investie du pouvoir de décision, peut-on :

a) dans une proportion majoritaire, nommer, au sein de ces organes, des personnes n'ayant pas la nationalité française ;

b) confier la présidence de ces organes à des personnes n'ayant pas la nationalité française, que le président ait ou non voix prépondérante ?



3) Afin d'assurer la cohérence d'ensemble de la mise en œuvre de l'article 5 *bis*, peut-on se fonder sur les dispositions de son dernier alinéa aux termes desquelles les conditions d'application de cet article sont fixées par décret en Conseil d'État :

a) pour définir la typologie des attributions et des missions qui ne pourront pas être confiées aux ressortissants des États membres de la Communauté de la Communauté européenne autres que la France ?

b) pour fixer, à partir de cette typologie, les modalités selon lesquelles leur carrière sera organisée au regard des réserves relatives à l'exercice de la souveraineté et à la participation, directe ou indirecte, aux prérogatives de puissance publique ?

c) Il s'agirait également de définir les règles de reclassement des ressortissants communautaires accédant à la fonction publique et faisant valoir une ancienneté de service acquise dans le secteur public ou privé d'un autre État que la France.

4) Quelles conséquences doit-on tirer de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (C-131/85 *Emir Gül c/ Regierungspräsident Düsseldorf* du 7 mai 1986) suivant lequel les dispositions de l'article 3 du règlement du Conseil n° 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, qui interdisent d'opposer aux travailleurs ressortissants d'un État membre d'autres règles que celles qui s'imposent aux nationaux, s'appliquent, par suite, aux membres de la famille d'un ressortissant communautaire visés à l'article 11 du règlement 1612/68 précité ?

Convient-il, ainsi, de compléter la rédaction de l'article 5 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 afin d'étendre l'accès à la fonction publique aux conjoint et enfant(s) des ressortissants communautaires, nationaux d'un État tiers à la Communauté européenne ?

5) Nonobstant les modalités qui devraient être mises en place afin de vérifier que l'intéressé possède les aptitudes requises par l'emploi auquel il accéderait, doit-on considérer qu'un ressortissant communautaire ne saurait valablement contester le principe du recrutement par concours, posé par l'article 16 de la loi du 13 juillet 1983 précitée, du seul fait qu'il exerce déjà dans l'un des États de la Communauté des fonctions de même nature ?

6) Par ailleurs, de nombreux statuts particuliers prévoient qu'à l'issue de leur nomination, les élèves sont tenus de suivre un cycle de formation théorique et pratique pouvant donner lieu, *in fine*, à des épreuves de classement.

a) Dans ces conditions, un ressortissant communautaire ayant exercé dans un autre État de la Communauté des fonctions similaires à celles relevant du corps auquel il accède, peut-il valablement contester de ne pouvoir être titularisé sans effectuer, en tout ou partie, la période de formation statutairement définie comme une exigence préalable à la titularisation ?

b) Dans tous les cas où les élèves français, à l'issue de leur formation, sont soumis à des épreuves de classement déterminant le choix de leur affectation, dans l'hypothèse où les ressortissants communautaires n'auraient suivi que



partiellement la formation exigée par le statut qui les régit, peut-on prévoir un classement unique pour tous les élèves ? » ;

Vu la Constitution ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment son article 39 ;

Vu le règlement du Conseil n° 1612/68 du 15 octobre 1968 modifié relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté européenne ;

Vu la directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans ;

Vu la directive 92/51/CEE du Conseil du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48/CEE ;

Vu l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 modifiée portant organisation générale de la défense ;

Vu la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 modifiée portant statut général des militaires ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment son article 5 *bis* ;

Vu la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ;

Vu la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ;

Vu la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;

Vu le décret n° 94-616 du 21 juillet 1994 relatif à l'assimilation, pour l'accès aux concours ou examens de la fonction publique hospitalière, de titres ou diplômes délivrés dans d'autres États membres de la Communauté européenne ;

Vu le décret n° 94-741 du 30 août 1994 relatif à l'assimilation, pour l'accès aux concours de la fonction publique de l'État, des diplômes délivrés dans d'autres États membres de la Communauté européenne ;

Vu le décret n° 94-743 du 30 août 1994 relatif à l'assimilation, pour l'accès aux concours de la fonction publique territoriale, des diplômes délivrés dans d'autres États membres de la Communauté européenne ;

Vu la communication de la Commission européenne du 18 mars 1988, (88/C 72/02) ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

Aux termes de l'article 39 du traité instituant la Communauté européenne :

« 1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté.



2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique :

a) de répondre à des emplois effectivement offerts,

b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres,

c) de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux.

d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi.

4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique. »

L'article 39, paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne (ex-article 48, paragraphe 4) a été interprété de façon constante, depuis plus de vingt ans, par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), comme signifiant qu'en « *prévoyant que les dispositions de l'article 48 ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique, l'article 48, paragraphe 4, du traité CE place en dehors du champ d'application des trois premiers paragraphes de ce même article un ensemble d'emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques [...]. L'exception prévue à l'article 48, paragraphe 4, ne s'applique pas à des emplois qui [...] n'impliquent [...] aucun concours à des tâches relevant de l'administration publique proprement dite [...]. Il convient d'éviter que l'effet utile et la portée des dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs et à l'égalité de traitement des ressortissants de tous les États membres soient limités par des interprétations de la notion d'administration publique tirées du seul droit national et qui feraient échec à l'application des règles du droit communautaire [...]. L'article 48, paragraphe 4, du traité CE en visant les emplois qui comportent l'exercice de la puissance publique et l'attribution de responsabilités pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, permet aux États membres de réserver, par des réglementations appropriées, aux ressortissants nationaux l'accès aux emplois qui comportent l'exercice d'une telle puissance et de telles responsabilités à l'intérieur d'une même carrière, d'un même service ou d'un même cadre. Même en admettant que de telles réglementations puissent créer des discriminations, une interprétation de l'article 48, paragraphe 4, qui a pour effet d'exclure les ressortissants des autres États membres de la généralité des emplois dans l'administration publique ne peut être admise, puisqu'elle comporte une restriction des droits de ces ressortissants qui va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le respect des finalités poursuivies par cette disposition.* » (CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, 149/79, Rec. p. 3881)



Les mêmes motifs fondent l'ensemble des arrêts en manquement ou préjudiciels intervenus depuis, notamment l'arrêt de la CJCE du 3 juin 1986 *Commission c/ France*, 307/84, *Rec.* p. 1734.

En outre, la CJCE a jugé que « *la généralité des emplois dans les secteurs de la recherche, de la santé, des transports terrestres, des postes et télécommunications, ainsi que dans les services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, outre le secteur de l'enseignement, sont éloignés des activités spécifiques de l'administration publique, parce qu'ils ne comportent pas une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique ni aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques [...]. La circonstance que certains emplois dans ces secteurs puissent, le cas échéant, relever de l'article 48, paragraphe 4, du traité, ne saurait justifier une telle interdiction générale.* » (CJCE 2 juillet 1996, *Commission c/ Grand-duché de Luxembourg*, 473/93, *Rec.* p. 3248).

Par ailleurs, aux termes de l'article 5 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 susvisée, ajouté par la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991, « les ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois dont les attributions sont soit séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques.

Ils ne peuvent avoir la qualité de fonctionnaires :

1° S'ils ne jouissent de leurs droits civiques dans l'État dont ils sont ressortissants ;

2° S'ils ont subi une condamnation incompatible avec l'exercice des fonctions ;

3° S'ils ne se trouvent en position régulière au regard des obligations de service national de l'État dont ils sont ressortissants ;

4° S'ils ne remplissent les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction.

Les corps, cadres d'emplois ou emplois remplissant les conditions définies au premier alinéa ci-dessus sont désignés par leurs statuts particuliers respectifs. Ces statuts particuliers précisent également, en tant que de besoin, les conditions dans lesquelles les fonctionnaires ne possédant pas la nationalité française peuvent être nommés dans les organes consultatifs dont les avis ou les propositions s'imposent à l'autorité investie du pouvoir de décision.

Les fonctionnaires qui bénéficient des dispositions du présent article ne peuvent en aucun cas se voir conférer des fonctions comportant l'exercice d'attributions autres que celles qui sont mentionnées au premier alinéa.

Les conditions d'application du présent article sont fixées en Conseil d'État. »

Cet article 5 *bis* qui a entendu transposer en droit interne les concepts dégagés par la jurisprudence communautaire doit être interprété à la lumière de celle-ci.



Question I

1. Doivent être regardés comme inséparables de l'exercice de la souveraineté ou comme participant directement ou indirectement à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou d'autres collectivités publiques : a) d'une part, l'exercice de fonctions traditionnellement qualifiées de régaliennes ; b) d'autre part, la participation, à titre principal, au sein d'une personne publique, à l'élaboration d'actes juridiques, au contrôle de leur application, à la sanction de leur violation, à l'accomplissement de mesures impliquant un recours possible à l'usage de la contrainte, enfin à l'exercice de la tutelle.

2. Les missions confiées aux ministères chargés de la défense, du budget, de l'économie et des finances, de la justice, de l'intérieur, de la police et des affaires étrangères sont, en principe, de nature régalienne. Il en résulte que l'accès aux emplois dans ces ministères peut être présumé fermé aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen. Cette présomption ne saurait toutefois conduire à exclure de l'ouverture aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen les emplois dont il apparaîtrait, à l'occasion de l'examen d'ensemble auquel chacun de ces ministères procédera, qu'ils n'impliquent pas l'exercice de l'une des missions mentionnées aux a) et b) du 1. ci-dessus.

3. Pour les autres administrations de l'État et pour les autres collectivités publiques, l'accès aux emplois qu'elles comportent n'est fermé aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen que si ces emplois impliquent l'exercice de l'une des missions mentionnées aux a) et b) du 1. ci-dessus.

4. Compte tenu de la conception de la fonction publique française dans laquelle la carrière du fonctionnaire se déroule au sein d'un corps ou d'un cadre d'emplois, la question de l'accès des ressortissants communautaires ou de l'Espace économique européen à la fonction publique revient à s'interroger sur la possibilité pour les intéressés d'accéder à un corps ou un cadre d'emplois.

Pour apprécier si un corps ou un cadre d'emplois est accessible aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen, il convient de se référer aux missions qui leur sont assignées par leur statut particulier. Si ces missions correspondent, pour l'essentiel, à celles mentionnées aux a) et b) du 1. ci-dessus, l'accès à ce corps ou à ce cadre d'emplois est fermé aux ressortissants communautaires ou de l'Espace économique européen.

En revanche, l'accès des ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen à un corps ou à un cadre d'emplois déterminé ne leur donne pas droit à occuper au cours de leur carrière les emplois de ce corps ou de ce cadre qui comportent l'exercice des missions mentionnées aux a) et b) du 1. ci-dessus.

Question II

Le Gouvernement entend limiter la question posée à l'hypothèse des jurys constitués pour le recrutement, la promotion et l'avancement des fonctionnaires.



1. Rien ne s'oppose à ce qu'un jury soit composé majoritairement de personnes n'ayant pas la nationalité française, sauf lorsqu'il s'agit de pourvoir à des emplois dont l'accès est réservé aux nationaux.

2. Il en va de même pour le président du jury, qu'il dispose ou non d'une voix prépondérante.

Question III

1. Il revient au Premier ministre de définir par voie de circulaire, en fonction des principes mentionnés au I ci-dessus, la méthode d'analyse à utiliser pour apprécier si l'accès à un corps ou à un cadre d'emplois est ouvert aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen.

2. Le décret d'application en Conseil d'État prévu au dernier alinéa de l'article 5 *bis* précité de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 peut notamment régler les questions communes posées par l'accès à la fonction publique française des ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen et par leur carrière, qui ne seraient pas résolues par les statuts particuliers.

3. Les ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen accédant à la fonction publique française qui font valoir une ancienneté de service acquise dans le secteur public ou, le cas échéant, privé d'un autre État membre, peuvent prétendre bénéficier des règles de classement à l'entrée dans le corps ou le cadre d'emplois applicables aux personnes de nationalité française, dès lors que les fonctions qu'ils ont exercées antérieurement l'ont été dans des conditions comparables à celles prises en compte par le droit interne pour le classement des personnes de nationalité française.

Question IV

L'arrêt de la CJCE du 7 mai 1986, *Emir Gül c/ Regierungspräsident Dusseldorf*, 131/85, *Rec. p.* 1582, vise le cas d'un ressortissant d'un pays tiers, marié à un ressortissant communautaire, qui demande à exercer une activité médicale dans l'État membre où son conjoint a choisi d'exercer son droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté.

Cet arrêt n'est pas applicable au cas d'un ressortissant d'un pays tiers qui, dans les mêmes conditions, demanderait à accéder à la fonction publique de l'État membre où son conjoint exerce son activité.

Question V

En application de l'article 16 du titre I^{er} du statut général des fonctionnaires, le recrutement dans la fonction publique française s'opère en principe par concours.

Il ne résulte pas du traité instituant la Communauté européenne que le ressortissant de l'un des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen tienne de son expérience professionnelle antérieure dans un de ces États le droit d'accéder à la fonction publique française sans suivre la procédure du concours, telle que prévue pour



le recrutement des candidats de nationalité française, sauf si le droit interne autorise d'autres modalités de recrutement.

Question VI

1. Les ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen ayant exercé dans un de ces États des fonctions comparables à celles que comportent les emplois du corps ou du cadre d'emplois auquel ils accèdent, peuvent être dispensés, en tout ou partie, de la formation théorique ou pratique exigée préalablement à la titularisation lorsque cette formation est comparable à celle déjà reçue dans l'État d'origine. Ils sont tenus, en revanche, de suivre le stage exigé préalablement à la titularisation dans les mêmes conditions que celles prévues pour les nationaux. Pour éviter toute discrimination à rebours, il est souhaitable que les nationaux puissent bénéficier, le cas échéant, d'une dispense de formation dans les mêmes conditions.

2. Lorsqu'un classement est opéré à l'issue d'une période de formation à laquelle sont astreints les ressortissants français et ceux des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen, admis à un concours de la fonction publique, ce classement ne peut comporter, pour respecter le principe d'égalité, qu'une liste unique.

■ Assemblée générale – Avis n° 368.282 – 26 septembre 2002

Communautés européennes et Union européenne – Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale – Décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen – Nécessité d'une révision de la Constitution préalablement à sa transposition en droit interne.

Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis sur la question de savoir si la transposition en droit français, par la voie législative, de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres est de nature à se heurter à des obstacles tirés de règles ou de principes de valeur constitutionnelle, notamment en ce que ladite décision-cadre exclut que l'État d'exécution du mandat d'arrêt européen puisse se fonder sur le motif tiré du caractère politique de l'infraction pour refuser la remise à l'État d'émission de la personne recherchée ;

Vu la Constitution ;

Vu le traité sur l'Union européenne, notamment ses articles 6, 31 et 34 ;

Vu la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. – La décision-cadre du 13 juin 2002 a pour objet de simplifier et d'accélérer les poursuites et de faciliter l'exécution des condamnations pénales à l'encontre d'une personne se trouvant sur le territoire d'un autre État de l'Union européenne. Elle prévoit de substituer à la procédure d'extradition, qui implique, en droit français, une décision du pouvoir exécutif, une procé-

deure entièrement judiciaire, le rôle du pouvoir exécutif se limitant à « un appui pratique et administratif ». Elle remplacera, à compter du 1^{er} janvier 2004, les dispositions correspondantes de plusieurs conventions européennes en matière d'extradition.

A. La décision-cadre prévoit qu'un mandat d'arrêt européen peut être émis pour des faits punis par la loi de l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté devant être interprétée comme « d'au moins douze mois » ou, lorsqu'une condamnation à une peine est intervenue ou qu'une mesure de sûreté a été infligée, pour des condamnations prononcées d'une durée d'au moins quatre mois.

B. Le mandat d'arrêt doit donner lieu à remise, sans contrôle de la double incrimination, dans le cas de l'une des trente-deux catégories d'infractions limitativement énumérées, qui tantôt correspondent, en l'état actuel du droit pénal français, à des infractions existantes, telles que, par exemple, la participation à une organisation criminelle, le viol ou l'escroquerie, tantôt correspondent à des infractions pour lesquelles des travaux d'harmonisation entre les législations des États membres sont en cours, telles que la cybercriminalité.

C. La décision-cadre énumère les motifs pour lesquels l'exécution du mandat d'arrêt européen doit ou peut, selon le cas, être refusée. Des dispositions particulières sont prévues, notamment lorsque le mandat vise une personne condamnée par défaut ou purgeant déjà une peine de prison ou faisant l'objet de plusieurs demandes concurrentes de remise et en ce qui concerne les délais et modalités d'exécution du mandat d'arrêt européen.

II. – Il résulte de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des quatorzième et quinzième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et des articles 3, 53 et 88-1 de la Constitution que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions susmentionnées du Préambule de la Constitution de 1946, puisse être transposée en droit interne par voie législative une décision-cadre, prise sur le fondement de l'article 34 du traité sur l'Union européenne, qui a pour conséquence de substituer « aux relations de coopération classique [...] entre États membres [...] un système de libre circulation des décisions judiciaires en matière pénale [...] ».

Toutefois, une telle décision-cadre ne saurait, si elle comporte des dispositions contraires à la Constitution ou à des principes de valeur constitutionnelle, mettant en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, être transposée dans l'ordre interne qu'après modification de la Constitution.

III. – À cet égard, il apparaît que si la transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002 ne paraît pas se heurter à des obstacles d'ordre constitutionnel sur plusieurs points susceptibles a priori de susciter des interrogations, il en va différemment en ce qui concerne la prohibition de l'extradition à raison d'une infraction de nature politique.

A. Sur de nombreux points, la décision-cadre, bien qu'elle comporte des innovations sensibles par rapport à l'état du droit, ne paraît pas contrevenir à des principes ou à des règles constitutionnelles.



1. *En ce qui concerne la nationalité de la personne réclamée :*

La décision-cadre exclut le droit de refuser sans conditions la remise, à l'État d'émission du mandat d'arrêt, d'une personne au motif qu'elle aurait la nationalité de l'État d'exécution.

Néanmoins, ainsi que le Conseil d'État l'a relevé dans ses avis des 24 novembre 1994 et 4 juillet 1996, la pratique ancienne suivie par les autorités françaises de refuser dans tous les cas l'extradition de leurs nationaux ne trouve pas de fondement dans un principe de valeur constitutionnelle. Aucun des droits et libertés de l'individu, tels qu'ils ont été proclamés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par le Préambule de la Constitution, n'implique que les nationaux ne puissent être extradés.

2. *En ce qui concerne la règle de la double incrimination :*

a) Les infractions susceptibles de justifier la mise en œuvre de la nouvelle procédure sont énumérées sous la forme de trente-deux catégories qui, pour certaines d'entre elles, sont formulées en termes très généraux de telle façon qu'à s'en tenir aux critères utilisés habituellement en droit extraditionnel, la décision-cadre ne satisfait pas à la règle dite de la double incrimination.

Si cette règle est appliquée couramment dans le droit de l'extradition en fonction de l'idée que l'État requérant doit justifier de la pertinence de sa demande et que l'État requis n'apporte son aide que parce que la répression d'infractions qui sont également punissables en vertu de sa législation concourt à la réalisation d'un intérêt commun aux deux États, ladite règle ne peut cependant être regardée comme l'expression d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens où l'a entendu le Préambule de la Constitution de 1946.

En revanche, répond à des exigences d'ordre constitutionnel la nécessité pour l'État d'émission d'apporter la preuve que l'infraction pour laquelle un mandat d'arrêt est établi est punissable en vertu de sa loi nationale afin que puisse être démontré, au regard de l'article 66 de la Constitution de 1958, que la restriction à la liberté individuelle impliquée par la mise en œuvre du mandat d'arrêt ne revêt pas un caractère arbitraire.

Or la décision-cadre est conforme à cette dernière exigence en ce qu'elle permet à l'État d'exécution du mandat de s'assurer que l'infraction visée par l'État d'émission, non seulement figure dans l'une des catégories d'infractions susmentionnées, mais également se trouve punissable en vertu de la législation de cet État d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté respectant les seuils de gravité requis.

b) En outre, il résulte des dispositions du paragraphe 3 de l'article 2 de la décision-cadre que la liste limitative des catégories d'infractions pour lesquelles l'exigence de la double-incrimination et du contrôle de celle-ci est supprimée ne pourra faire l'objet d'une extension que par une décision du Conseil de l'Union statuant à l'unanimité. Dès lors, et en tout état de cause, il n'est pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

3. *En ce qui concerne l'amnistie :*

La décision-cadre prévoit en son article 3 le refus d'exécution du mandat d'arrêt européen par l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution [...] « 1) si l'infraction qui est à la base du mandat d'arrêt est couverte par



l'amnistie dans l'État membre d'exécution lorsque celui-ci avait compétence pour poursuivre cette infraction selon sa propre loi pénale ».

Il suit de là que se trouve respectée la volonté du Parlement de la République lors de l'adoption d'une loi d'amnistie et qu'ainsi aucune atteinte ne se trouve portée aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

4. *En ce qui concerne la prescription :*

La décision-cadre énonce, dans son article 4, que « l'autorité judiciaire d'exécution peut refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen : » 4) lorsqu'il y a prescription de l'action pénale ou de la peine selon la législation de l'État membre d'exécution et que les faits relèvent de la compétence de cet État membre selon sa propre loi pénale ».

De telles dispositions sont à même d'assurer le respect des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

5. *En ce qui concerne le droit d'asile :*

Le droit d'asile garanti par la Constitution a pour corollaire de faire obstacle à ce que le bénéficiaire de ce droit puisse être remis à un État où il pourrait craindre avec raison d'être persécuté du fait notamment de ses opinions politiques.

À supposer même qu'une telle éventualité puisse se présenter dans les relations entre États membres de l'Union européenne, la décision-cadre satisfait aux exigences constitutionnelles en matière d'asile dans la mesure où son article 1^{er} paragraphe 3, énonce qu'elle « ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne ». Ces dispositions suffisent à garantir le respect du droit d'asile, alors surtout que le considérant 12 de la décision-cadre énonce que « rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de la langue, de ses opinions politiques [...] ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons ».

6. *En ce qui concerne le but politique d'une demande de remise :*

Le principe selon lequel l'État doit refuser l'extradition lorsqu'elle est demandée dans un but politique constitue également un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Il résulte clairement des dispositions précitées de l'article 1^{er} de la décision-cadre et du considérant 12) qui reprend en substance les stipulations de l'article 3, point 2 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 que l'État d'exécution a le droit de refuser la remise d'une personne s'il a des raisons de croire que la demande de remise a été émise dans un but politique. Par conséquent, il incombera à la loi de transposition de prévoir, comme dans le cas précédent, que l'autorité judiciaire française devra refuser la remise d'une personne si la demande est présentée dans un but politique.



B. En revanche, la décision-cadre ne paraît pas assurer le respect du principe rappelé par le Conseil d'État dans son avis du 9 novembre 1995 « selon lequel l'État doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique », qui constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant à ce titre valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de la Constitution de 1946.

En effet, ses articles 3 et 4, qui dressent des listes précises de motifs de non-exécution obligatoire ou facultative du mandat d'arrêt européen, ne comprennent pas la nature politique des infractions.

Sans doute résulte-t-il des dispositions de l'article 1^{er}, paragraphe 3 de la décision-cadre, rapprochées des stipulations de l'article 6 du traité sur l'Union européenne, que la décision-cadre ne peut être regardée comme affectant les droits fondamentaux « tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

À ce titre, il y a lieu de relever qu'en dehors du cas de la France, la prohibition de l'extradition pour délits politiques est prévue par la Constitution italienne et par la Constitution espagnole, que d'autres États membres comme l'Allemagne, le Portugal, la Grèce ou la Finlande reconnaissent le droit d'asile ou prohibent l'extradition lorsque l'impartialité de la répression n'est pas assurée dans l'État requérant et qu'enfin, la prohibition de l'extradition pour une infraction politique est stipulée par la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

Toutefois, ces différents éléments ne permettent pas, en l'absence de jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes sur ce point, d'inférer qu'il existerait en la matière un principe général de l'ordre juridique communautaire ayant la même force juridique que le traité sur l'Union européenne et s'imposant par là même comme une règle d'interprétation de la décision-cadre dans un sens garantissant le respect du principe constitutionnel mentionné ci-dessus.

IV. – Il résulte de ce qui précède que la transposition en droit français de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres nécessite, au préalable, une modification de la Constitution.

Élections

■ Section de l'intérieur – Avis n° 368.084 – 28 mai 2002

Élections législatives – Disparition simultanée, à l'occasion d'un déplacement en avion d'un candidat et de son remplaçant – Impossibilité pour le Gouvernement de reporter le scrutin dans la circonscription.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par la ministre de l'outre-mer d'une demande d'avis relative aux conséquences à tirer, sur

le déroulement du scrutin organisé pour les élections législatives du mois de juin 2002 en Polynésie française, de la disparition simultanée, à l'occasion d'un déplacement en avion, d'un candidat à ces élections et de son suppléant dans la deuxième circonscription de la Polynésie française ;

Vu la Constitution, notamment son Préambule et ses articles 3, 25 et 74 ;

Vu l'article 2 de la loi organique n° 2001-419 du 15 mai 2001 modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale ;

Vu le code civil, notamment son article 88 ;

Vu le code électoral, notamment ses articles L.O. 121, L.O. 122, L. 157, L. 163, L. 172, L. 173 et L. 394 à L. 397 ;

Vu le code de l'aviation civile, notamment son article L. 142-3 ;

Vu la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer ;

Vu la loi n° 72-1090 du 8 décembre 1972 modifiant le code de l'aviation civile (1^{ère} partie), abrogeant les textes repris par ce code et portant extension dudit code aux territoires d'outre-mer, notamment son article 5 ;

Vu le décret n° 2002-825 du 3 mai 2002 portant convocation des collèges électoraux en Polynésie française pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale et fixant le déroulement des opérations électorales ;

Vu le décret n° 2002-888 du 8 mai 2002 portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale et fixant le déroulement des opérations électorales ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 2002 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

En vertu des dispositions de l'article L.O. 121 du code électoral, dans sa rédaction issue de l'article 1^{er} de la loi organique du 15 mai 2001 susvisée, les pouvoirs de l'Assemblée nationale expirent « le troisième mardi de juin de la cinquième année de son élection », soit pour l'actuelle Assemblée nationale, compte tenu de l'article 2 de la loi organique précitée, le 18 juin 2002. Selon l'article L.O. 122 du même code, les élections générales pour le renouvellement de cette assemblée doivent avoir lieu dans les soixante jours qui précèdent cette date.

Aux termes de l'article L. 172 du code électoral relatif à l'élection des députés : « Les électeurs sont convoqués par décret ». D'après l'article L. 157 du même code : « Les déclarations de candidatures doivent être déposées [...] au plus tard vingt et un jours avant celui de l'ouverture du scrutin ». L'article L. 173 du même code énonce que : « Les élections ont lieu le cinquième dimanche qui suit la publication du décret convoquant les électeurs ».

En vertu des dispositions du titre deuxième du Livre cinquième du code électoral, les dispositions précitées sont applicables à l'élection des députés en Polynésie française. Toutefois, par dérogation à ces dispositions, l'article L. 397 du code précité prévoit que le scrutin pour l'élection des députés dans ce territoire d'outre-mer a lieu le quatrième samedi qui suit la publication du



décret convoquant les électeurs. Dans ce cadre, le décret susvisé du 3 mai 2002, publié au Journal officiel de la République française du 5 mai 2002, a, d'une part, fixé au 1^{er} juin 2002 la date du scrutin dans ce territoire, et au 15 juin 2002 pour le second tour éventuel, d'autre part, fixé au 11 mai 2002 à minuit la date limite de réception des déclarations de candidatures.

Par ailleurs, l'article L. 163 du code électoral prévoit le cas du décès, postérieurement à l'expiration du délai prévu pour le dépôt des déclarations de candidatures, d'un candidat – son remplaçant devenant alors candidat et pouvant désigner un nouveau remplaçant – et le cas du décès dans la même période d'un suppléant – le candidat pouvant dans cette éventualité désigner un nouveau remplaçant. Toutefois, d'une part, aucune disposition du code électoral ne prévoit le cas du décès simultané d'un candidat et de son suppléant ; d'autre part, le candidat et sa suppléante de la deuxième circonscription de la Polynésie française qui avaient pris place dans l'aéronef disparu sans nouvelles le 25 mai 2002 sont « disparus » et ne peuvent être aujourd'hui regardés, dès lors que leur corps n'a pu être retrouvé, comme décédés. En effet, en vertu de l'article L. 142-3 du code de l'aviation civile, rendu applicable dans les territoires d'outre-mer par la loi susvisée du 8 décembre 1972, leur décès ne pourra être déclaré que plus tard, à l'issue d'un délai de trois mois à compter de la date de l'envoi par l'avion des dernières nouvelles, par un jugement intervenant dans les conditions prévues par les articles 88 et suivants du code civil.

Les articles L.O. 121 et L.O. 122 du code électoral ne font cependant pas obstacle à ce que le Gouvernement reporte exceptionnellement un scrutin à une date ultérieure, à condition que les circonstances rendent absolument inévitable une telle mesure, qu'il s'agisse de la survenance d'une catastrophe naturelle rendant impossible l'organisation matérielle de la consultation, d'événements d'ordre politique d'une gravité telle qu'ils aboutiraient au même effet ou encore de l'hypothèse où il y aurait décès de la totalité des candidats et de leurs suppléants dans une circonscription.

En revanche, la seule circonstance que l'un des candidats et son suppléant ont simultanément « disparu » ou, le cas échéant, seraient simultanément décédés, ne peut permettre au Gouvernement d'écarter les dispositions des articles L.O. 121 et L.O. 122 du code électoral – qui ont valeur de loi organique et qui imposent que la nouvelle Assemblée nationale soit intégralement élue au plus tard le 18 juin 2002 – en reportant le scrutin à une date ultérieure, alors que d'autres candidatures ont été enregistrées dans la circonscription concernée. Il appartiendra au juge de l'élection, s'il est saisi d'une contestation, de se prononcer sur la régularité d'un tel scrutin, en appréciant notamment la portée de la « disparition » d'un candidat et de son suppléant, ou éventuellement, de leur décès.

Il résulte de ce qui précède que ne peuvent être envisagés à la suite de la disparition simultanée d'un candidat et de son suppléant, ni le retrait des bulletins établis à leurs noms – sauf si leur décès est entre temps constaté –, ni le report du scrutin. Par suite, la distribution des documents de propagande du candidat et de son suppléant devra être assurée et les bulletins établis à leurs noms devront être mis en place dans les bureaux de vote ; enfin, des suffrages pourront se porter sur leurs noms.

Électricité

■ Section des travaux publics et section sociale réunies – Avis n° 368.402 – 30 octobre 2002

Conditions d'application du statut national du personnel des industries électriques et gazières prévu par l'article 47 de la loi du 8 avril 1946.

Le Conseil d'État (section des travaux publics et section sociale réunies), saisi par la ministre déléguée à l'industrie des questions suivantes :

« Le statut prévu par l'article 47 de la loi du 8 avril 1946 est-il susceptible de s'appliquer au personnel d'une entreprise qui, ne produisant pas elle-même de l'électricité, assume toutefois une part du processus industriel nécessaire à cette production ?

Dans l'affirmative, l'application du statut dépend-elle de la réunion de certaines conditions ?

Faut-il, en particulier, que la contribution de l'entreprise corresponde à une part suffisante du processus de production ?

Convient-il, en outre, que cette contribution constitue l'activité principale de l'entreprise ? »

Vu la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, notamment ses articles 6, 8 et 47 ;

Vu la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, notamment ses articles 6, 7, 45, 46 et 53 ;

Vu le décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 approuvant le statut national du personnel des industries électriques et gazières, notamment l'article 1^{er} du statut annexé audit décret ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

I – Aux termes de l'article 47 de la loi du 8 avril 1946, que la loi du 10 février 2000 n'a pas modifié :

« Des décrets pris sur le rapport des ministres du travail et de la production industrielle, après avis des organisations syndicales les plus représentatives des personnels, déterminent le statut du personnel en activité et du personnel retraité et pensionné des entreprises ayant fait l'objet d'un transfert.

Ce statut national, qui ne peut réduire les droits acquis des personnels en fonction ou retraités à la date de la publication de la présente loi, mais qui peut les améliorer, se substituera de plein droit aux règles statutaires ou conventionnelles, ainsi qu'aux régimes de retraite ou de prévoyance antérieurement applicables à ces personnels.

Ce statut s'appliquera à tout le personnel de l'industrie électrique et gazière, y compris les usines exclues de la nationalisation par l'article 8, à l'exception des ouvriers mineurs employés par les centrales et les cokeries des houillères et des employés de chemins de fer qui conservent, sauf demande de leur part, leur statut professionnel. Il ne s'appliquera ni au personnel des centrales autonomes visées aux paragraphes 4^o et 5^o du troisième alinéa de l'article 8 de la



présente loi ni à l'ensemble du personnel de l'une quelconque des installations visées au paragraphe 6^o du troisième alinéa de l'article 8 ci-dessus, si la majorité de ce personnel a demandé à conserver son statut professionnel [...]. »

II – Par ailleurs, le II de l'article 6 et le I de l'article 7 de la loi du 10 février 2000 disposent :

« Art. 6 II. Dans le cadre de la programmation pluriannuelle des investissements, les nouvelles installations de production sont exploitées par toute personne, sous réserve des dispositions des articles L. 2224-32 et L. 2224-33 du code général des collectivités territoriales, dès lors que cette personne est titulaire d'une autorisation d'exploiter obtenue selon la procédure prévue à l'article 7, le cas échéant au terme d'un appel d'offres tel que prévu à l'article 8.

Toutefois, les installations dont la puissance installée par site de production est inférieure ou égale à 4,5 mégawatts sont réputées autorisées sur simple déclaration préalable adressée au ministre chargé de l'énergie, qui en vérifie la conformité avec les dispositions de la présente loi.

Sont également considérées comme nouvelles installations de production au sens du présent article les installations qui remplacent une installation existante ou en augmentent la puissance installée d'au moins 10 % ainsi que les installations dont la source d'énergie primaire change. Pour les installations dont la puissance installée augmente de moins de 10 %, une déclaration est faite par l'exploitant auprès du ministre chargé de l'énergie. »

« Art. 7 I. L'autorisation d'exploiter est délivrée par le ministre chargé de l'énergie.

L'autorisation est nominative et incessible. En cas de changement de l'exploitant, l'autorisation ne peut être transférée au nouvel exploitant que par décision du ministre chargé de l'énergie.

Lors du dépôt d'une demande d'autorisation d'exploiter une nouvelle installation de production, le ministre chargé de l'énergie en rend publiques les principales caractéristiques en termes de capacité de production, de source d'énergie primaire, de technique de production et de localisation afin d'assurer une parfaite transparence dans la mise en œuvre de la programmation pluriannuelle des investissements. »

III – Il résulte de ces dispositions, ainsi que de celles de l'article 8 de la loi du 8 avril 1946, que le statut national s'applique de plein droit à tout le personnel de l'industrie électrique et gazière.

Dans le domaine de la production d'électricité, indépendamment des exclusions prévues au 3^e alinéa de l'article 47 de la loi du 8 avril 1946, le statut ne s'applique qu'aux personnels des entreprises titulaires d'une autorisation d'exploiter mettant en œuvre des installations de production d'électricité.

Toutefois, lorsque, sur le même site ou à proximité immédiate, sont implantées des installations dont l'objet principal est d'alimenter directement des installations de production d'électricité, le personnel qui les exploite est soumis au statut national, même si son employeur n'est pas titulaire d'une autorisation d'exploiter.



Marchés et contrats administratifs

■ Assemblée générale – Avis n° 366.305 – 16 mai 2002

Notion de contrat administratif – Activités commerciales se déroulant sur les aires d'autoroute – Caractère administratif des contrats portant sur l'exploitation des installations annexes assurant les prestations de distribution de carburant et de restauration – Sous-concessions de service public – Notion de pouvoir adjudicateur

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'équipement, des transports et du logement, des questions suivantes :

- Les activités exercées par les exploitants d'installations annexes à caractère commercial sur le réseau autoroutier concédé sont-elles, en tout ou partie, des activités de service public ?
- Quelle est la nature juridique des contrats d'exploitation des installations commerciales sur le réseau des sociétés concessionnaires d'autoroutes et quel régime juridique doit en conséquence s'appliquer à leur passation ?
- Quelles sont la signification et la portée de l'agrément, par le ministre chargé de la voirie nationale, du cocontractant du concessionnaire, prévu à l'article 30 des cahiers des charges de concession ?

Vu le Traité instituant la Communauté européenne, notamment son article 12 ;

Vu la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ;

Vu la directive n° 93/36/CEE, du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ;

Vu la directive n° 93/37/CEE, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, notamment son article 1^{er} et son annexe I ;

Vu la directive n° 93/38/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu le code du domaine de l'État notamment son article L. 84 ;

Vu le code de commerce, notamment son livre quatrième ;

Vu la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 modifiée, notamment son article 9 ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée notamment par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes des dispositions de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière : « L'usage des autoroutes est en principe gratuit. Toutefois, peuvent être concédées par l'État soit la construction et l'exploitation d'une autoroute, soit



l'exploitation d'une autoroute, ainsi que la construction et l'exploitation de ses installations annexes telles qu'elles sont définies au cahier des charges. La convention de concession et le cahier des charges sont approuvés par décret en Conseil d'État. Ces actes peuvent autoriser le concessionnaire à percevoir des péages en vue d'assurer le remboursement des avances et des dépenses de toute nature faites par l'État et les collectivités ou établissements publics, l'exploitation et, éventuellement, l'entretien et l'extension de l'autoroute, la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le concessionnaire. »

Aux termes de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée, dans la rédaction que lui a donnée l'article 3 de la loi du 11 décembre 2001 susvisée : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État. / La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. / La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. / Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire. »

Sur le fondement des dispositions précitées, l'État a conclu des conventions avec un certain nombre de sociétés dont certaines sont à capitaux majoritairement privés. Ces conventions, comme les cahiers des charges qui leur sont annexés, et les avenants qui les modifient, sont approuvés par des décrets en Conseil d'État.

Les sociétés concessionnaires d'autoroutes, qui sont chargées par l'État d'un service public et tirent l'essentiel de leurs ressources des péages prélevés sur les usagers des autoroutes sont délégataires de service public. La procédure conduisant à leur sélection par l'État, autorité délégante, est donc celle prévue à l'article 38 précité de la loi du 29 janvier 1993 susvisée.

Selon la rédaction habituellement retenue dans les cahiers des charges des concessions, la société concessionnaire est chargée par l'État, non seulement de la construction, de l'exploitation et de l'entretien de l'autoroute elle-même et des raccordements aux voiries existantes, mais aussi des installations annexes à caractère commercial des aires de services, telles que stations-service, restaurants, hôtels, motels et, le cas échéant, bureaux de change et parcs de stationnement.

Afin de mener à bien ce dernier aspect de leur mission – obligation qui leur incombe nécessairement en vertu de leurs engagements contractuels – les sociétés concessionnaires d'autoroutes concluent avec diverses entreprises des



contrats qui, s'ils comprennent à titre accessoire des clauses relatives à des travaux de construction, portent essentiellement sur l'exploitation des installations commerciales susmentionnées. Aux termes de ces contrats, les entreprises, autorisées à occuper le domaine public en échange du paiement d'une redevance, sont notamment chargées d'assurer des prestations de distribution de carburant, de restauration, d'hôtellerie ou de change de devises.

Sur la première question :

Il résulte des stipulations des contrats en cause que la possibilité d'exercer une activité économique sur les aires d'autoroutes est réservée aux seules entreprises titulaires de tels contrats d'exploitation.

Les activités ainsi exercées qui peuvent être regardées comme des activités de service public sont celles qui, directement nécessaires aux besoins particuliers des usagers des autoroutes, répondent à des considérations d'intérêt général en contribuant à la sécurité et à l'efficacité du trafic autoroutier et qui, par suite, sont soumises par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, à des contraintes et des conditions d'exploitation propres à assurer aux usagers un service continu et adapté.

Parmi les prestations offertes sur les aires de service, seules la distribution de carburant et la restauration réunissent ces conditions et peuvent en conséquence être regardées comme des activités de service public.

Sur la deuxième question :

Les contrats portant sur l'exploitation des installations annexes assurant les prestations de service public susmentionnées sont conclus par des sociétés concessionnaires de service public et, ainsi qu'il a été dit, autorisent les entreprises prestataires de service à occuper le domaine public de l'État. Ces contrats sont, en conséquence et par application de l'article L. 84 du code du domaine de l'État, des contrats administratifs.

Les entreprises qui, en vertu de ces contrats, sont prestataires de service, tirent l'intégralité de leurs ressources des recettes d'exploitation de leur activité : elles en supportent ainsi le risque économique. C'est pourquoi, ceux de ces contrats qui ont pour objet principal de confier, dans les conditions ci-dessus rappelées, la gestion d'un service public, doivent s'analyser comme des sous-concessions de service public.

Les règles applicables à la passation de tels contrats doivent être examinées tant au regard du droit national qu'au regard du droit communautaire.

I – Il résulte des dispositions du premier alinéa ci-dessus rappelé de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 modifiée que, dès lors que les sociétés concessionnaires sont des personnes morales de droit privé et ne sont pas mandataires de l'État, les contrats qu'elles concluent en vue d'exploiter les installations commerciales sur les aires de service ne sauraient être soumis, pour leur passation, aux obligations de publicité et de mise en concurrence définies par cette loi.

II – Il résulte des dispositions de la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, ainsi que de ses travaux préparatoires, que les concessions de service public sont exclues du champ d'application de ce texte et ne sont donc



soumises à aucune des règles de publicité et de mise en concurrence qu'elle fixe pour organiser la passation des marchés de services.

Toutefois, par un arrêt « *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG* » (n° C-324/98) rendu le 7 décembre 2000, la Cour de justice des communautés européennes a jugé qu'alors même qu'aucune obligation ne résultait du droit communautaire, un organisme, si du moins il pouvait être regardé comme un « pouvoir adjudicateur », devait, avant de conclure une concession de service public, mettre en œuvre un « degré de publicité adéquat », propre à assurer le respect du principe de non-discrimination inscrit à l'article 12 du traité instituant la Communauté européenne.

Il convient dès lors de rechercher dans quelle mesure les sociétés concessionnaires d'autoroutes peuvent être regardées comme des « pouvoirs adjudicateurs ».

La notion de pouvoir adjudicateur est définie à l'article 1^{er} des directives n° 92/50/CEE, n° 93/36/CEE et n° 93/37/CEE susvisées portant coordination des procédures de passation respectivement des marchés publics de services, de fournitures et de travaux. Cette définition a fait l'objet d'une transposition en droit interne par l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991 susvisée.

Aux termes de ces dispositions législatives, est notamment un pouvoir adjudicateur au sens des directives, « un organisme de droit privé [...] satisfaisant un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et répondant à l'une des conditions suivantes : / 1° Avoir son activité financée majoritairement et d'une manière permanente par l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel ou commercial, ou encore des organismes de droit privé, des établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État ou des groupements d'intérêt public, satisfaisant un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial ; / 2° Être soumis à un contrôle de sa gestion par l'un des organismes mentionnés au 1° ; / 3° Comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par des organismes mentionnés au 1°. »

Au regard de ces dispositions, il apparaît en premier lieu que les missions de construction, d'entretien et d'exploitation des autoroutes dont sont chargées à titre principal les sociétés d'autoroutes, répondent à des objectifs d'équipement et d'aménagement du territoire, d'une part et de sécurité accrue des déplacements d'autre part, qui visent à satisfaire des besoins d'intérêt général au sens des dispositions qui précèdent.

En second lieu la composition de l'organe de direction des sociétés concessionnaires à capitaux majoritairement publics répond aux conditions fixées par le 3° des dispositions législatives précitées. Ces sociétés doivent en conséquence être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs. Elles ne peuvent donc sélectionner les entreprises prestataires de service public sur les aires d'autoroutes, qu'après avoir mis en œuvre un « degré de publicité adéquat » permettant un appel à la concurrence et tenant compte des caractéristiques particulières de chaque contrat.



À l'inverse, les autres sociétés concessionnaires d'autoroutes, dans la mesure où elles ne répondent à aucune des conditions mentionnées aux 1°, 2° et 3° de l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991 précitée, ne peuvent être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs. En conséquence, aucune règle ni aucun principe de droit communautaire ne leur fait obligation de mettre en œuvre des mesures de publicité avant de conclure les contrats relatifs principalement à l'exploitation des installations annexes à caractère commercial sur les aires de services des autoroutes.

III. Il demeure néanmoins que, dans le cadre des relations contractuelles existant entre l'ensemble des sociétés concessionnaires et l'État, ce dernier a la possibilité d'exiger de la société concessionnaire, quel que soit le statut de celle-ci, qu'elle procède à des mesures de publicité et de mise en concurrence afin de sélectionner les entreprises qui exploiteront les activités annexes à caractère commercial situées sur les aires de service des autoroutes.

Par ailleurs, l'ensemble des sociétés concessionnaires d'autoroutes, comme d'ailleurs les entreprises prestataires de services, sont soumises au respect des règles de fond du droit de la concurrence.

Sur la troisième question :

Dans la mesure où une convention de délégation de service public est conclue en raison de considérations propres à chaque cocontractant, le contrat par lequel la société d'autoroutes confie une partie de ses obligations à un tiers ne peut être conclu, même en l'absence d'une clause spéciale en ce sens, qu'avec l'agrément de la collectivité publique délégante.

L'agrément délivré par le ministre chargé de la voirie nationale a notamment pour objet d'apprécier les garanties professionnelles et financières que doit présenter l'entreprise prestataire en vue d'assurer le bon accomplissement des missions qui lui sont confiées. La personne publique peut ainsi, afin d'évaluer ces garanties, demander la production de tout document susceptible de l'éclairer.

La délivrance de l'agrément peut être conditionnée à la vérification par le ministre, que les exigences de publicité et de mise en concurrence prévues par le cahier des charges pour la sélection des sociétés prestataires ont été satisfaites.

Outre-mer

■ Section de l'intérieur – Avis n° 367.263 – 19 mars 2002

Outre-mer – Droit applicable en Nouvelle-Calédonie – Répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces – Exercice des tutelles vacantes de mineurs au sens de l'article 433 du code civil.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 206 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie par le président du gouvernement de la



Nouvelle-Calédonie et portant sur la répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces,

Vu la transmission en date du 9 janvier 2002, enregistrée au Conseil d'État le 18 janvier 2002, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant sur la répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces en matière d'exercice des tutelles vacantes de mineurs au sens de l'article 433 du code civil ;

Vu la Constitution ;

Vu la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code civil, notamment son article 433 dans sa rédaction issue de l'article 12 de la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance ;

Vu l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 modifiée relative à l'enfance délinquante, en particulier son chapitre VI ajouté par l'ordonnance n° 96-268 du 28 mars 1996, elle-même modifiée par la loi n° 96-1240 du 30 décembre 1996 ;

Vu la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer ;

Vu la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, notamment son article 12 ;

Vu l'avis du Conseil d'État (section sociale) du 28 mars 2000 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 433 du code civil « Si la tutelle reste vacante, le juge des tutelles la défère à l'État s'il s'agit d'un majeur et au service de l'aide sociale à l'enfance s'il s'agit d'un mineur ». Il résulte de ces dispositions applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie, en vertu de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1970 susvisée, que le juge des tutelles, en cas de vacance de tutelle d'un mineur, doit confier ce dernier, pour sa protection personnelle et patrimoniale, à un organisme social qualifié qui en Nouvelle-Calédonie ne relève pas de la compétence de l'État.

Alors que le 4° et le 18° de l'article 22 de la loi organique susvisée sont susceptibles de donner compétence sur ce point à la Nouvelle-Calédonie, en visant, l'un, la « protection sociale », l'autre, l'« administration des services chargés de la protection judiciaire de l'enfance », il résulte de la lettre comme de l'esprit de l'article 433 du code civil que la tutelle vacante d'un mineur relève d'un service d'aide sociale à l'enfance, et donc de la protection sociale, plutôt que de la protection judiciaire mentionnée à l'article 22-18° précité qui vise essentiellement des mineurs soumis à une procédure pénale en application de l'article 16 bis de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 susvisée ; le premier alinéa de cet article mentionne, en effet, la « mise sous protection judiciaire » d'un mineur par le tribunal pour enfants ou la cour d'assises des mineurs.



L'application de l'article 22-4° de la loi organique susvisée conduit, ainsi que l'a indiqué le Conseil d'État (section sociale) dans un avis donné le 28 mars 2000, à ce que la Nouvelle-Calédonie exerce en matière de protection sociale une compétence de droit commun. Mais cette loi précisant en son article 47 que : « I – Le congrès peut, à la demande d'une assemblée de province, donner compétence aux autorités de la province pour adapter et appliquer : 1°) la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité, ainsi que de protection sociale », il ressort de ces dispositions que le congrès a pu donner, dans le respect des principes constitutionnels, compétence aux provinces pour adapter et appliquer la réglementation en matière de protection sociale.

L'aide sociale à l'enfance telle qu'elle est actuellement organisée dans la Province Sud et dans la Province Nord repose donc sur une délégation de compétence qui leur a été consentie par la Nouvelle-Calédonie. Ces services provinciaux d'aide sociale à l'enfance dont l'existence est mentionnée en dernier lieu dans l'article 11 de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 susvisée (introduisant un article L. 572-2-1 dans le code de l'action sociale et des familles), correspondent par leur objet et leurs moyens d'action à l'organisme désigné par l'article 433 du code civil ; il en résulte que le juge des tutelles peut leur déférer les tutelles vacantes afin de prémunir les mineurs contre des atteintes qui pourraient affecter leur personne et leurs biens.

En l'absence d'un service provincial d'aide à l'enfance organisé par délégation, il appartient à la Nouvelle-Calédonie d'assumer à l'égard des mineurs dont la tutelle est vacante la compétence qui lui est conférée par l'article 22-4° de la loi organique susvisée.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 367.598 – 7 mai 2002

Oltre-mer – Droit applicable en Polynésie française – Compétence de l'État – Procédure pénale – Portée.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) saisi, en application de l'article 114 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et de l'article L. 225-3 du code de justice administrative, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire ;

Vu la transmission en date du 20 mars 2002, enregistrée au Conseil d'État le 26 mars 2002, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Polynésie française portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire et plus particulièrement sur les questions de savoir :

1° Si le dispositif de dépistage et de recherche de l'influence de substances classées comme stupéfiants dans les accidents de la route, tel que défini aux articles L. 235-1 et R. 235-1 à R. 235-13 du code de la route, relève de la procédure pénale ;

2° Si les opérations menées dans le cadre de ce dépistage, prévues par les mêmes articles de la partie réglementaire du code de la route, sont des opérations de police judiciaire ou un dispositif de recherches à visée statistique qui relèverait, dans cette dernière hypothèse, de la compétence des autorités de la Polynésie française ;



Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, modifiée par la loi organique n° 96-624 du 15 juillet 1996 et la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 ;

Vu le code de procédure pénale, notamment ses articles 12, 41 et 60 ;

Vu le code de justice administrative, notamment son article L. 225-3 ;

Vu l'ordonnance n° 2000-930 du 22 septembre 2000 relative à la partie législative du code de la route, notamment son article 6, ensemble ledit code, en particulier ses articles L. 235-1 et L. 244-1 ;

Vu le décret n° 2001-751 du 27 août 2001 relatif à la recherche de stupéfiants pratiquée sur les conducteurs impliqués dans un accident mortel de la circulation routière, modifiant le décret n° 2001-251 du 22 mars 2001 relatif à la partie réglementaire du code de la route (Décrets en Conseil d'État) et modifiant le code de la route, ensemble la partie réglementaire dudit code, notamment ses articles R. 235-1 à R. 235-13 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. L'article 5 de la loi organique du 12 avril 1996 dispose que « Nonobstant toutes dispositions contraires, les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par les dispositions de l'article 6 de la présente loi [...] ». L'article 6 de la même loi organique fait figurer au nombre des matières relevant de la compétence des autorités de l'État, outre le droit pénal, la « procédure pénale à l'exclusion de la réglementation relative à la liberté surveillée des mineurs ».

2. Pour l'application des dispositions précitées de l'article 6 de la loi organique du 12 avril 1996, la procédure pénale doit s'entendre comme comprenant notamment la détermination des catégories de personnes compétentes pour constater les infractions aux dispositions pénalement sanctionnées, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs, ainsi que les modalités suivant lesquelles elles exécutent leurs missions.

3. Dans la rédaction actuelle des articles L. 235-1 et R. 235-1 à R. 235-13 du code de la route, il est obligatoire, en cas d'accident mortel de la circulation et possible, en cas d'accident corporel de la circulation, de procéder sur tout conducteur impliqué dans cet accident à des épreuves de dépistage et, lorsqu'elles se révèlent positives ou sont impossibles ou lorsque le conducteur refuse de les subir, à des analyses et examens médicaux, chimiques et biologiques, en vue d'établir s'il conduisait sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants. Selon les dispositions de l'article L. 235-1 du code de la route, le fait de refuser de se soumettre aux analyses et examens est passible de peines d'emprisonnement et d'amende et d'une peine complémentaire de suspension temporaire du permis de conduire.

Le décret du 27 août 2001 susvisé organise la procédure des épreuves de dépistage et des analyses et examens médicaux chimiques et biologiques auxquels peuvent procéder les officiers ou agents de police judiciaire. L'article R. 235-13 du code de la route issu de ce décret dispose que les dépenses relatives aux dépistages, aux prélèvements et aux analyses et examens « constituent des frais de justice criminelle, correctionnelle et de police » et que « le

paiement de ces frais a lieu conformément aux dispositions du titre X du livre V du code de procédure pénale ».

4. L'article L. 235-1 du code de la route n'est pas applicable en Polynésie française, le titre III du livre II auquel il appartient n'étant applicable à la Polynésie française en vertu de l'article L. 244-1 que pour les articles L. 234-1 à L. 234-11 et dans une rédaction particulière à ce territoire. Si l'article 6 de l'ordonnance susvisée du 22 septembre 2000 relative à la partie législative du code de la route dispose que « la présente ordonnance est applicable, à l'exception de son article 4, [...] en Polynésie française [...] », ces dispositions, rapprochées des autres dispositions de la même ordonnance ainsi que du code qui y est annexé, n'ont pas pour objet et ne sauraient d'ailleurs avoir légalement pour effet d'enfreindre ou de modifier les règles de répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française qui résultent de la loi organique susvisée du 12 avril 1996.

5. Il résulte de l'ensemble des dispositions précitées :

– que le dispositif de dépistage et de recherche de l'influence de substances classées comme stupéfiants dans les accidents de la circulation tel que défini aux articles L. 235-1 et R. 235-1 à R. 235-13 du code de la route relève de la procédure pénale, alors même que les analyses et examens réalisés à cette occasion servent à une étude épidémiologique sur l'influence des stupéfiants dans ces accidents ;

– que les mêmes opérations de dépistage, auxquelles font procéder des officiers ou agents de police judiciaire à l'occasion d'un accident et non pas lors d'un contrôle qui serait analogue au contrôle d'alcoolémie pratiqué par les autorités de police ou de gendarmerie en dehors de toute infraction au code de la route, constituent des opérations de police judiciaire ;

– qu'aucune de ces dispositions législatives ou réglementaires du code de la route n'est applicable à la Polynésie française ;

– que ces matières relèvent, pour ce territoire, en application des dispositions précitées de la loi organique du 12 avril 1996, de la compétence de l'État ;

– qu'il appartient au Parlement, s'il le juge opportun, d'étendre l'application des dispositions de l'article L. 235-1 du code de la route à la Polynésie française et, à la suite d'une telle extension, au Gouvernement de la République de rendre applicables avec ou sans adaptations à ce même territoire les dispositions des articles R. 235-1 à R. 235-13 du même code.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 367.794 – 4 juin 2002

Outre-mer – Droit applicable en Nouvelle-Calédonie – Droit des assurances – Compétence du territoire et du président du gouvernement.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et de l'article L. 224-4 du code de justice administrative d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouméa par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et portant sur la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie ;



Vu la transmission en date du 22 avril 2002, enregistrée au Conseil d'État le 30 avril 2002, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire et plus particulièrement, en ce qui concerne la procédure d'agrément des sociétés exerçant des opérations d'assurances en Nouvelle-Calédonie, sur les questions de savoir :

1° Si cet agrément, imposé par l'article L. 321-1 du code des assurances, applicable en Nouvelle-Calédonie, relève du droit des assurances dont la compétence a été transférée à la Nouvelle-Calédonie et non d'autres matières, telles que le droit civil ou le droit commercial, qui restent de la compétence de l'État ?

2° Si, dans l'hypothèse où l'article L. 321-1 du code des assurances relève bien de la compétence de la Nouvelle-Calédonie, l'article R. 321-1 du même code, pris pour son application et lui aussi applicable en Nouvelle-Calédonie, peut être mis en œuvre par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, qui est l'exécutif de cette collectivité ?

3° Si l'article R. 322-4 du même code, qui prévoit une habilitation par le chef de territoire d'un agent spécial d'une entreprise qui pratique une des sous-branches des opérations d'assurance mentionnées à l'article R. 321-1 précité, peut être mis en œuvre, selon le même raisonnement, par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou si la délivrance de cette habilitation relève de la compétence de l'État ?

Vu la Constitution, notamment son titre XIII rétabli par la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, modifiée par les lois organiques n° 2000-294 du 5 avril 2000 et n° 2000-612 du 4 juillet 2000 ;

Vu le code de justice administrative, notamment son article L. 224-4 ;

Vu le décret du 14 juin 1938, modifié notamment par les lois des 16 août 1941 et 18 août 1942, instituant le contrôle de l'État sur les entreprises d'assurances de toute nature et de capitalisation et tendant à l'organisation de l'industrie des assurances, notamment son article 7 concernant l'agrément des entreprises pratiquant des opérations d'assurances directes et de réassurance ;

Vu le décret du 30 décembre 1938 portant règlement pour la constitution des sociétés d'assurance et de capitalisation, des tontines et des syndicats de garantie et pour le fonctionnement et le contrôle de ces organismes, modifié notamment par les décrets n° 3444 du 1^{er} août 1941 et n° 1882 du 29 juillet 1943, notamment son article 137 ;

Vu l'ordonnance n° 45-2241 du 29 septembre 1945 complétant le décret du 14 juin 1938 susvisé, notamment son article 14 portant application dans les départements et territoires d'outre-mer notamment du décret du 14 juin 1938 et des textes subséquents, ensemble le décret n° 62-1584 du 29 décembre 1962 fixant pour les assurances les conditions d'application du droit d'établissement dans les territoires d'outre-mer des ressortissants des États de la Communauté économique européenne autres que la République française ;

Vu le décret n° 63-1083 du 27 novembre 1968 relatif aux opérations de réassurance et modifiant le décret du 14 juin 1938, notamment son article 2 ;

Vu le décret n° 72-491 du 13 juin 1972 modifiant le décret du 30 décembre 1938, notamment son article 6 ;

Vu le décret n° 72-1110 du 6 décembre 1972 modifiant et complétant le décret du 30 décembre 1938, notamment son article 14 ;

Vu le décret n° 74-1084 du 18 décembre 1974 modifiant le décret du 30 décembre 1938, notamment son article 8 ;

Vu la loi n° 55-1442 du 8 novembre 1955 relative à la procédure de codification des textes législatifs concernant l'industrie des assurances ;

Vu le décret n° 76-666 du 16 juillet 1976 relatif à la codification des textes législatifs concernant les assurances, notamment son article 6 ;

Vu le décret n° 76-667 du 16 juillet 1976 relatif à la codification des textes réglementaires concernant les assurances, notamment son article 5 et 6 ;

Vu le décret n° 84-349 du 9 mai 1984 adaptant le code des assurances (partie réglementaire) à la directive n° 79-267 du Conseil des communautés européennes et relatif au contrôle des entreprises d'assurance, notamment son article 36 ;

Vu le décret n° 88-456 du 27 avril 1988 modifiant le code des assurances (partie réglementaire) en ce qui concerne notamment les opérations d'assistance, en particulier son article 13 ;

Vu la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie, notamment son article 9.

Vu le décret n° 90-815 du 14 septembre 1990 relatif à l'agrément administratif des entreprises d'assurance, notamment son article 28 qui exclut la Nouvelle-Calédonie de son champ d'application ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. L'article 20 de la loi organique du 19 mars 1999 énonce que : « Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie ». Selon l'article 22 de la même loi organique : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : [...] 16°) Droit des assurances ». L'article 21 dispose que : « III. L'État exerce [...] jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions prévues à l'article 26, les compétences suivantes : [...] 4°) droit civil [...] et droit commercial [...] ». Aux termes de l'article 222 de la même loi organique : « I – Les dispositions législatives et réglementaires en vigueur en Nouvelle-Calédonie à la date de la promulgation de la présente loi organique et qui ne lui sont pas contraires demeurent applicables. II. – Les lois, ordonnances et décrets intervenus dans les matières qui relèvent désormais de la compétence des autorités de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces peuvent être modifiés par leurs institutions dans les conditions et selon les procédures prévues par la présente loi organique. III. – Lorsque la présente loi organique



renvoie à des dispositions législatives, celles-ci s'appliquent dans la rédaction qui est la leur à la date de sa promulgation. IV. – Dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur : 1° La référence au territoire de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence à la Nouvelle-Calédonie ; 2° La référence à l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence au congrès de la Nouvelle-Calédonie ; 3° La référence à l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. »

2. En vertu de l'article L. 321-11 du code des assurances : « Les dispositions du chapitre I^{er} du titre II du livre III, dans la rédaction du présent code antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, sont applicables dans les territoires d'outre-mer. »

L'article L. 321-1, au chapitre 1^{er} du titre II du livre III du code des assurances, dispose, dans sa rédaction, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 1991 précitée, applicable en Nouvelle-Calédonie, que : « Les entreprises soumises au contrôle de l'État par l'article L. 310-1 ne peuvent commencer leurs opérations qu'après avoir obtenu un agrément administratif [...] / L'agrément est accordé sur demande de l'entreprise, pour les opérations d'une ou de plusieurs branches d'assurance. L'entreprise ne peut pratiquer que les opérations pour lesquelles elle est agréée. »

L'article R. 321-1 du même code dispose que « l'agrément administratif prévu par l'article L. 321-1 est accordé par le ministre de l'économie et des finances [...] ».

L'article R. 322-4 du même code, dans sa rédaction issue du décret de codification n° 76-667 du 16 juillet 1976, dispose que : « Lorsqu'une entreprise pratique une ou plusieurs des branches ou sous-branches mentionnées à l'article R. 321-1 dans un département d'outre-mer ou dans [...] la Nouvelle-Calédonie [...], elle doit obtenir l'habilitation, par le préfet ou le chef de territoire, d'un agent spécial, personne physique, préposé à la direction de toutes les opérations qu'elle pratique dans ce département ou territoire. / L'acceptation de l'agent spécial ne peut être refusée par le préfet ou le chef de territoire que pour des motifs touchant à l'honorabilité ou à la qualification technique. »

Il résulte de la combinaison des dispositions précitées que l'article L. 321-1 du code des assurances est applicable, dans une rédaction qui lui est particulière, en Nouvelle-Calédonie. L'article R. 321-1 du même code, pris pour l'application dudit article et auquel fait référence explicitement l'article R. 322-4 est applicable en Nouvelle-Calédonie dans sa rédaction antérieure au décret n° 90-815 du 14 septembre 1990. Enfin, l'article R. 322-4, qui prévoit des dispositions particulières pour diverses collectivités d'outre-mer, dont la Nouvelle-Calédonie, est également applicable en Nouvelle-Calédonie.

3. Si la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie disposait, dans son article 9, que : « Le territoire est compétent dans les matières suivantes : [...] 6° la réglementation en matière d'assurances [...] », l'article 22 précité de la loi organique du 19 mars 1999 a levé toute ambiguïté en donnant pleine compétence à la Nouvelle-Calédonie en matière de « droit des assurances ».

Le droit des assurances doit s'entendre comme comprenant notamment les règles applicables au contrat d'assurance, le régime juridique des différentes catégories d'assurances (dommages, personnes) et les conditions d'exercice de la profession d'assureur par une personne physique ou morale. Par suite, ces différentes matières ne relèvent pas, au sens de l'article 21 précité de la loi organique du 19 mars 1999, du droit civil ou du droit commercial qui reste, en application des mêmes dispositions, de la compétence de l'État jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie.

Dès lors, la Nouvelle-Calédonie est seule compétente, comme le rappellent les dispositions précitées du II de l'article 222 de la loi organique du 19 mars 1999, pour modifier la législation et la réglementation existantes en matière d'assurances, une loi ordinaire ne pouvant plus, comme c'était le cas sous l'empire de l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction antérieure à la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, modifier implicitement, par l'introduction dans le code des assurances de dispositions nouvelles applicables en Nouvelle-Calédonie, un partage des compétences qui relève désormais de la loi organique.

4. Les dispositions précitées des articles L. 321-1, R. 321-1 et R. 322-4 du code des assurances, dans leur rédaction actuellement en vigueur en Nouvelle-Calédonie tant qu'elles n'ont pas été modifiées par les autorités compétentes de la Nouvelle-Calédonie, doivent s'interpréter à la lumière de l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie. Il faut donc les entendre comme signifiant que l'agrément administratif est accordé non plus par le ministre de l'économie et des finances, mais par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, dès lors qu'aux termes de l'article 108 de la loi organique susvisée du 19 mars 1999, « L'exécutif de la Nouvelle-Calédonie est le gouvernement, [...] élu par le congrès et responsable devant lui », qu'aux termes du IV de l'article 222 de la même loi organique, « Dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur [...] 3°) La référence à l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie doit être remplacée par la référence au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie » et qu'aux termes de l'article 128 de la même loi organique, « les arrêtés du gouvernement sont signés par le président et contresignés par les membres du gouvernement chargés d'en contrôler l'exécution ».

Le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie est également compétent, en application de la même interprétation des textes, pour délivrer l'habilitation d'un agent spécial d'assurances, prévue par l'article R. 322-4 dudit code, en lieu et place du « chef de territoire ».

■ Section de l'intérieur – Avis n° 368.248 – 10 septembre 2002

Outre-mer – Droit applicable en Polynésie française – Compétence de l'État en matière de réglementation des fréquences radioélectriques et de communication audiovisuelle – Appartenance des fréquences radioélectriques au domaine public de l'État constituant une manifestation de la compétence étatique – Compétence corrélative de l'État pour fixer le montant des redevances d'utilisation de ce domaine.

Le Conseil d'État, (section de l'intérieur) saisi, en application de l'article 114 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'auto-



nomie de la Polynésie française et de l'article L. 225-3 du code de justice administrative, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président de gouvernement de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire ;

Vu la transmission en date du 12 juillet 2002, enregistrée au Conseil d'État le 24 juillet 2002, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Polynésie française portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire et plus particulièrement sur les questions de savoir :

1°) Si la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 a, par ses articles 5, 6 et 7, transféré au territoire de la Polynésie française les compétences en matière de domaine public des fréquences fixées par l'article 22 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ;

2°) Si le territoire de la Polynésie française est compétent pour fixer le montant de la redevance due par le titulaire d'une autorisation d'établissement et d'exploitation d'un réseau de téléphonie mobile.

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, modifiée par la loi organique n° 96-624 du 15 juillet 1996 et la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 ;

Vu le code des postes et télécommunications, notamment son article L. 97-1 ;

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée notamment par l'article 75 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, en particulier ses articles 21, 22, 23 et 108 ;

Vu le décret n° 2000-173 du 29 février 2000 portant modification du décret n° 85-1488 du 31 décembre 1985 relatif à la suppression de l'office des postes et télécommunications de la Polynésie française, ensemble la décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 24 octobre 2001 rendue sur la requête n° 222 395 ;

Vu l'arrêté du Premier ministre du 6 mars 2001 relatif au tableau national de répartition des bandes de fréquences ;

Vu l'avis n° 364.989 du Conseil d'État du 6 juillet 2000 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. – Aux termes de l'article 5 de la loi organique du 12 avril 1996 susvisée : « les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par les dispositions de l'article 6 de la présente loi [...] ».

L'article 6 de la même loi organique dispose que : « Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes [...] 3° [...] liaisons et communications gouvernementales, de défense et de sécurité en matière de postes et télécommunications ; réglementation des fréquences radioélectriques ; [...] 12°-Communication audiovisuelle, dans le respect de l'identité culturelle polynésienne ; toutefois, sans préjudice des missions confiées au Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Polynésie française peut créer une



société de production et de diffusion d'émissions à caractère social, culturel et éducatif ».

Selon le premier alinéa de l'article 7 de la même loi organique, « L'État et le territoire exercent, chacun en ce qui le concerne, leur droit de propriété sur leur domaine public et leur domaine privé ». Les autres alinéas de cet article énumèrent de façon non limitative, ceux des biens qui sont compris dans le domaine du territoire sans faire mention du domaine public des fréquences radioélectriques.

II. – Indépendamment des compétences reconnues à l'État s'agissant de la communication audiovisuelle, ces dispositions doivent être interprétées comme instituant au profit des autorités de la Polynésie française une compétence générale en matière de télécommunications, à l'exception des liaisons et communications gouvernementales, de défense et de sécurité d'une part, et de la réglementation des fréquences radioélectriques d'autre part.

En outre, dans l'exercice de la compétence qui leur est conférée, les autorités de la Polynésie française doivent se conformer notamment aux engagements internationaux introduits dans l'ordre juridique interne ainsi qu'aux normes édictées par l'État dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par l'article 6 de la loi organique.

III. – À cet égard, il y a lieu de relever que la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, laquelle est applicable en Polynésie française en vertu de son article 108 tel qu'il a été modifié en dernier lieu par la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, dispose dans son article 22, tel qu'il est issu de la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989, que « l'utilisation, par les titulaires d'autorisation, de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'État ». En vertu de l'article 21 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, il revient au Premier ministre de définir les bandes de fréquences ou les fréquences qui sont attribuées aux administrations de l'État et les bandes de fréquences ou les fréquences de radiodiffusion dont l'attribution ou l'assignation sont confiées au Conseil supérieur de l'audiovisuel. L'article 23 de la loi fixe les règles applicables à l'utilisation, pour des usages autres que les services de communication audiovisuelle diffusés, des bandes de fréquences ou des fréquences dont l'attribution ou l'assignation a été confiée au Conseil supérieur de l'audiovisuel en application de l'article 21.

De son côté, l'article L. 97-1 ajouté au code des postes et télécommunications par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996, a donné pour mission à l'Agence nationale des fréquences, établissement public de l'État à caractère administratif, « d'assurer la planification, la gestion et le contrôle de l'utilisation, y compris privative, du domaine public des fréquences radioélectriques sous réserve de l'application de l'article 21 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 [...] ainsi que des compétences des administrations et autorités affectataires de fréquences radioélectriques » – Conformément au VI de l'article L. 97-1, les dispositions dudit article sont applicables aux territoires d'outre-mer « sous réserve des compétences exercées par ces territoires en application des statuts qui les régissent ».

IV. – La compétence reconnue à l'État par l'article 6 de la loi organique du 12 avril 1996 en matière de réglementation des fréquences radioélectriques et



de communication audiovisuelle s'est traduite par les dispositions tant de l'article 22 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée que de l'article L. 97-1 du code des postes et télécommunications, qui affirment l'appartenance des fréquences radioélectriques au domaine public de l'État. Une telle appartenance ne se trouve affectée ni par la compétence générale en matière de télécommunications de la Polynésie française qui se déduit des dispositions combinées des articles 5 et 6 de la loi organique précitée, ni par la consistance donnée au domaine du territoire par l'article 7 de ce texte.

V. – Les redevances exigées des titulaires d'autorisation d'utilisation de fréquences radioélectriques constituent des redevances pour occupation du domaine public de l'État, comme l'ont relevé tant l'avis rendu par le Conseil d'État le 6 juillet 2000 à propos des modalités de règlement des redevances liées à l'utilisation des licences de téléphonie mobile de « troisième génération » que la décision du Conseil Constitutionnel n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001.

Il en résulte qu'il revient à l'État de fixer le montant de semblables redevances et que leur produit doit lui être versé. La circonstance que par son arrêté du 6 mars 2001 pris sur le fondement de l'article 21 de la loi du 30 septembre 1986, le Premier ministre a procédé à l'attribution de bandes de fréquences à divers affectataires, au nombre desquels figure le service des Postes et télécommunications de la Polynésie française, n'a pas eu pour objet et ne saurait d'ailleurs avoir légalement pour effet de transférer à ce service la propriété des fréquences qui lui sont affectées ni la compétence pour fixer le montant des redevances d'utilisation.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 368.327 – 24 septembre 2002

Ouïe-mer – Droit applicable en Polynésie française – Compétence de l'État pour instaurer une obligation d'assurance destinée à couvrir la responsabilité décennale des constructeurs – Réserve de la compétence du territoire lorsqu'une obligation d'assurance est un élément nécessaire à la réglementation d'une profession dans une matière qui lui est confiée.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 114 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et de l'article L. 225-3 du code de justice administrative, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire ;

Vu la transmission en date du 7 août 2002, enregistrée au Conseil d'État le 26 août 2002, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Polynésie française, portant sur la question suivante : la Polynésie française est-elle compétente pour instaurer une obligation d'assurance destinée à couvrir la responsabilité décennale des constructeurs de la nature de celle qui résulte des articles L. 241-1 et L. 241-2 du code des assurances, issus de l'article 12 de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 ?

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, modifiée par la loi organique n° 96-524 du 15 juillet 1996 et la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 ;

Vu le code civil, notamment ses articles 1646-1, 1792, 1792-1 à 1792-6 et 2270 ;

Vu le code des assurances, notamment ses articles L. 241-1 et L. 241-2 ;

Vu la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction modifiée par la loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 portant dispositions diverses relatives à l'outre-mer ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 5 de la loi organique du 12 avril 1996 susvisée : « [...] les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par les dispositions de l'article 6 de la présente loi [...] ».

L'article 6 de la même loi organique dispose : « Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes : [...] 7° [...] droit civil, à l'exclusion de la procédure civile et de la réglementation en matière de coopération et de mutualité ; [...] principes fondamentaux des obligations commerciales ».

Par sa nature, une obligation d'assurance met directement en cause l'un des principes fondamentaux des obligations civiles, qui est l'autonomie de la volonté des contractants.

Il résulte donc de l'article 6 précité de la loi organique du 12 avril 1996 que l'instauration d'une obligation d'assurance sur le territoire de la Polynésie française relève en principe de la compétence de l'État. Il n'en va autrement, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que lorsqu'une telle obligation est une condition à laquelle le territoire subordonne l'octroi d'une autorisation délivrée dans l'exercice de ses compétences ou lorsqu'elle apparaît nécessaire à la réglementation d'une profession dont le régime relève de la compétence du territoire.

Ces exceptions ne trouvent pas à s'appliquer pour l'instauration d'une obligation d'assurance destinée à couvrir la responsabilité décennale des constructeurs, laquelle est régie par le droit civil. La matière relève donc de la compétence de l'État.

Radiodiffusion sonore et télévision

■ Section de l'intérieur – Avis n° 367.165 – 29 janvier 2002

Radiodiffusion sonore et télévision – Conseil supérieur de l'audiovisuel – Cessation de fonctions d'un membre – Démission – Impossibilité de faire bénéficier le membre démissionnaire du maintien pendant un an de son droit à traitement.



Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le Premier ministre de la question de savoir si les membres démissionnaires du Conseil supérieur de l'audiovisuel peuvent bénéficier des dispositions de l'alinéa 7 de l'article 5 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication,

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, notamment ses articles 4 et 5 dans la rédaction que leur a donnée la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'alinéa 7 de l'article 5 de la loi du 30 septembre 1986 susvisée : « À l'expiration de leur mandat, les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel continuent de percevoir leur traitement pendant une durée maximum d'un an. » ; aux termes de l'alinéa 4 de l'article 4 de la même loi, « Le mandat des membres du conseil est de six ans » ; enfin aux termes de l'alinéa 6 de cet article : « En cas de vacance survenant plus de six mois avant l'expiration du mandat, il est pourvu à la nomination d'un nouveau membre dont le mandat expire à la date à laquelle aurait expiré le mandat de la personne qu'il remplace. Son mandat peut être renouvelé s'il a occupé ces fonctions de remplacement pendant moins de deux ans. »

Il ressort du rapprochement de ces dispositions que la date d'expiration du mandat mentionnée à l'alinéa 7 de l'article 5, à compter de laquelle les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel peuvent continuer à percevoir leur traitement pendant une durée maximum d'un an, coïncide avec la fin de la période de six ans qui est fixée à l'alinéa 4 de l'article 4 et peut être distincte de la cessation des fonctions à laquelle se réfèrent les alinéas 5 et 6 de l'article 5. Un membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui démissionne de ses fonctions avant l'expiration du mandat de six ans pour lequel il a été nommé ne peut dès lors bénéficier de son traitement au-delà de la date à laquelle il a cessé d'exercer ses fonctions.

■ Assemblée générale – Avis n° 367.729 – 27 juin 2002

Radiodiffusion sonore et télévision – Absence d'incompatibilité de la loi interne avec le droit communautaire – Limitation apportée à la détention par les étrangers de plus de 20 p. 100 du capital d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de radiodiffusion sonore ou de télévision par voie hertzienne – Appréciation du seuil de 20 p. 100 par rapport à l'ensemble du capital et non de la seule partie fixe de l'actionnariat – Conditions de détermination de la nationalité d'une société et notion de détention directe ou indirecte du capital social.

Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre des questions suivantes posées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel au sujet de l'article 40 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication :

– Pour apprécier si le seuil légal de 20 p. 100 mentionné par le premier alinéa de l'article 40 de la loi du 30 septembre 1986 est dépassé, suffit-il de connaître la nationalité des sociétés actionnaires de la société titulaire d'une autorisation ou convient-il d'isoler aussi au sein de leur capital social, leur actionnariat

extra-communautaire afin de l'intégrer dans le calcul des 20 p. 100 ? La notion de détention indirecte d'une part de capital social d'une société titulaire d'une autorisation relève-t-elle des règles du code de commerce relatives au contrôle des sociétés ?

– Une autre difficulté d'application tient à la cotation en bourse des sociétés. Le seuil de 20 p. 100 prévu à l'article 40 doit-il s'apprécier seulement sur la partie fixe de l'actionnariat ou sur l'ensemble du capital ?

Vu la Constitution, notamment son Préambule et l'article 55 ;

Vu le Traité instituant la Communauté européenne, notamment ses articles 48 et 56 ;

Vu l'accord sur l'Espace économique européen et le protocole portant adaptation dudit accord, ensemble le décret n° 94-113 du 1^{er} février 1994 qui en porte publication ;

Vu le code de commerce, notamment son livre deuxième ;

Vu le code pénal, notamment ses articles 111-4 et 121-3 ;

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, notamment ses articles 40, 41-3, 42-3 et 77 ;

Vu l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

Sur les règles applicables :

La loi du 30 septembre 1986 susvisée, dans le chapitre troisième du titre II intitulé « Dispositions applicables à l'ensemble des services de communication audiovisuelle soumis à autorisation », a entendu assurer la qualité de l'information relative aux entreprises de communication audiovisuelle et l'indépendance de leur activité ; dans ce but, les articles 35 à 39 prévoient successivement d'interdire la pratique du prête-nom, d'imposer le caractère nominatif des actions représentant le capital d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de communication audiovisuelle, d'exiger une information continue du public sur la propriété et la direction de l'entreprise, de contrôler les opérations de concentration ; quant à l'article 40, il tend à protéger la société titulaire d'une autorisation relative à un service de communication audiovisuelle d'une influence étrangère excessive, assurant par là même une protection culturelle dans ce secteur d'activité.

I. – Aux termes de ce dernier article : « Sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France, aucune personne de nationalité étrangère ne peut procéder à une acquisition ayant pour effet de porter, directement ou indirectement, la part du capital détenue par des étrangers à plus de 20 p. 100 du capital social ou des droits de vote dans les assemblées générales d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de radiodiffusion sonore ou de télévision par voie hertzienne terrestre assuré en langue française.



Est considérée comme personne de nationalité étrangère, pour l'application du présent article, toute personne physique de nationalité étrangère, toute société dont la majorité du capital social n'est pas détenue, directement ou indirectement, par des personnes physiques ou morales de nationalité française et toute association dont les dirigeants sont de nationalité étrangère. »

Aux termes de l'article 77 de la même loi, tel qu'il a été implicitement modifié par l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 susvisée : « Sera puni d'une amende de cent cinquante mille euros quiconque aura contrevenu aux dispositions de l'article 39 ou de l'article 40. »

II. – Destinées à protéger, notamment sur le terrain culturel, les sociétés titulaires d'une autorisation contre une influence étrangère excessive qui peut découler de la détention illicite de plus de 20 p. 100 du capital social ou des droits de vote dans les assemblées générales par les actionnaires étrangers, les dispositions de l'article 40 précité restent compatibles avec les engagements internationaux souscrits par la France, en particulier lorsqu'ils contiennent une clause d'assimilation au national ou une clause de réciprocité dans le domaine audiovisuel ; ces engagements sont, en effet, respectés dès lors qu'aucune discrimination n'est faite, lors de la mise en œuvre de l'article 40, entre des personnes de nationalité française et les personnes de nationalité étrangère en faveur desquelles ces engagements ont été souscrits.

Il résulte de la jurisprudence, tant de la Cour de justice des Communautés européennes que du Conseil d'État, qu'au regard du droit communautaire, les personnes physiques ou morales ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, autre que la France, doivent lors de la mise en œuvre de l'article 40 être traitées comme les personnes de nationalité française, spécialement lorsqu'il s'agit d'apprécier le respect du seuil légal de 20 p. 100 mentionné au premier alinéa ou de déterminer la nationalité du détenteur de la majorité du capital social d'une société actionnaire de la société titulaire de l'autorisation.

Sur la première question :

La détermination de la nationalité d'une personne physique ou morale qu'impose pour sa mise en œuvre l'article 40 précité afin de vérifier les conditions de contrôle d'une société titulaire d'une autorisation au sens de ce texte, ne soulève de réelles difficultés que pour les sociétés dans la mesure où leur nationalité se distingue de celle des personnes physiques, par son caractère spécifique et contingent. En définissant la « personne de nationalité étrangère, pour l'application du présent article », le deuxième alinéa de l'article 40 précité entend, dans un souci d'efficacité, renforcer la prévisibilité des règles prohibitives mentionnées au premier alinéa et simplifier leur mise en œuvre ; ce faisant, il écarte, à la différence de ce qui est expressément prévu dans l'article 41-3 de la même loi en matière de concentrations, l'application des règles générales de l'article L. 233-3 du code de commerce relatives au contrôle d'une société par une autre.

En considérant comme « personne de nationalité étrangère, [...] toute société dont la majorité du capital social n'est pas détenue, directement ou indirectement, par des personnes [...] morales de nationalité française [...] », le deuxième alinéa de l'article 40 précité conduit, sous réserve du droit communautaire et plus généralement des engagements internationaux souscrits par la



France, à vérifier la nationalité de toute société actionnaire d'une société titulaire d'une autorisation au sens du premier alinéa du même article. Ainsi pour être considérée comme une société de nationalité française, il ne suffit pas à cette société actionnaire d'avoir un siège social en France et d'être, à ce titre, régie pour sa constitution et son fonctionnement par le droit français des sociétés, elle doit aussi faire l'objet d'un contrôle par des intérêts français que le deuxième alinéa de l'article 40 définit, de façon spécifique, comme la détention de la majorité du capital social ou des droits de vote dans les assemblées générales par des personnes de nationalité française.

Si ces dernières sont des sociétés il convient de s'assurer de leur nationalité par application des mêmes critères, siège social et contrôle, qui seront à nouveau repris si ces sociétés ont elles-mêmes pour associés des sociétés et cela jusqu'à la connaissance certaine de la nationalité du détenteur indirect d'actions de la société titulaire d'une autorisation au sens de l'article 40. Lorsque la nationalité française ou étrangère d'une société est ainsi établie, il résulte des dispositions du deuxième alinéa de l'article 40 que son capital social dans son ensemble, est réputé, pour l'application de ce dernier article, représenter selon le cas des intérêts français ou des intérêts étrangers.

Aux termes du deuxième alinéa de l'article 40 précité « est considérée comme personne de nationalité étrangère [...] toute société dont la majorité du capital social n'est pas détenue [...] par des personnes [...] morales de nationalité française [...] » ; en dépit de la formulation négative de ce texte, il ne saurait s'interpréter comme renversant la charge de la preuve au détriment de la société qui contrôle une société titulaire d'une autorisation au sens du premier alinéa de l'article 40 précité. La sanction pénale attachée au respect de cet article, lorsqu'il vise les personnes contrevenant sciemment aux dispositions de l'alinéa premier sur les acquisitions d'actions, implique l'application des principes de la procédure pénale en matière de preuve, notamment de la présomption d'innocence.

Il incombe donc, d'une manière générale, aux autorités chargées de veiller au respect des différentes prescriptions de l'article 40 de rapporter la preuve que la société en cause est étrangère et, dans ce but, elles peuvent solliciter de ladite société les informations utiles.

Sur la deuxième question :

La limite de 20 p. 100 imposée, sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France, aux personnes de nationalité étrangère par l'article 40 précité, s'apprécie par rapport au capital social ou aux droits de vote dans les assemblées générales d'une société titulaire d'une autorisation, pris dans leur ensemble ; il ressort, en effet, des dispositions expresses du texte précité qu'il n'est fait aucune distinction entre le capital stable et le capital « flottant ». Il appartient aux autorités chargées de veiller au respect des prescriptions de l'article 40 précité, de demander à la société exerçant un contrôle direct ou indirect sur une société titulaire d'une autorisation, de fournir des informations sur son actionnariat en se fondant notamment sur les possibilités offertes par l'article L. 228-2 du code de commerce pour identifier les actionnaires en vue des assemblées générales.



■ Section de l'intérieur – Avis n° 368.265 – 17 septembre 2002

Radiodiffusion sonore et télévision – Services privés de radiodiffusion sonore et de télévision – Services de télévision – Octroi des autorisations – Chaîne supplémentaire régie par le troisième alinéa du III de l'article 30-1 ajouté à la loi du 30 septembre 1986 par la loi du 1^{er} août 2000 – Impossibilité pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel de procéder à un examen comparatif des demandes.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) saisi par le Premier ministre de la question suivante :

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel serait-il fondé le cas échéant à retenir au titre du 3^e alinéa du III de l'article 30-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication un autre service que celui proposé par l'opérateur, appartenant au même groupe, après examen comparatif, au regard des critères de sélection, de l'ensemble des candidatures reçues ?

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, notamment son article 30-1 inséré par l'article 45 de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 ;

Vu la décision n° 2000-434 DC du 27 juillet 2000 du Conseil Constitutionnel ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. – L'article 45 de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 a inséré dans la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, à la suite de l'article 30 qui régit les services privés de télévision hertzienne en mode analogique, un article 30-1 qui définit le régime d'autorisation des services privés de télévision numérique par voie hertzienne terrestre. Dans un premier alinéa, cet article énonce en termes généraux que « Sous réserve des dispositions de l'article 26 », c'est-à-dire des règles propres à l'attribution au secteur audiovisuel public de services diffusés en mode numérique, « l'usage de ressources radioélectriques pour la diffusion de tout service de télévision par voie hertzienne terrestre en mode numérique est autorisé par le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans les conditions prévues au présent article ».

Ces conditions sont précisées dans les quatre paragraphes de l'article 30-1 qui ont trait respectivement :

- à la définition d'un appel à candidatures ;
- au contenu des déclarations de candidatures ;
- aux critères qui doivent être pris en compte par l'autorité de régulation ;
- à la détermination des fréquences.

Le III de l'article 30-1, après avoir indiqué dans un premier alinéa que « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel procède à une audition publique des candidats », précise dans ses deuxième, troisième, quatrième et cinquième alinéas, les critères qui, dans chaque cas, sont pris en compte par l'instance de régulation.



Aux termes du deuxième alinéa du III, « Sans préjudice des dispositions des articles 1^{er} et 26, il (le CSA) autorise la reprise intégrale et simultanée des services de télévision autorisés avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 précitée lorsque les candidats lui en ont fait la demande et si cette reprise s'effectue selon un principe identique en ce qui concerne le recours ou non à une rémunération de la part des usagers ».

Ces dispositions, qui visent à permettre aux opérateurs privés autorisés antérieurement à émettre en mode analogique à reprendre à l'identique et en simultané en mode numérique leurs programmes, encore appelé « simulcast », sont distinctes de celles des alinéas suivants du même paragraphe.

Selon le troisième alinéa du III de l'article 30-1, « Sans préjudice des articles 1^{er}, 26, 39 à 41-4 et des impératifs et critères visés aux deux alinéas suivants, le Conseil supérieur de l'audiovisuel accorde également à tout éditeur d'un service à vocation nationale autorisé au titre de l'alinéa précédent et qui en fait la demande un droit d'usage de la ressource radioélectrique pour la diffusion d'un autre service de télévision, à condition qu'il soit édité par une personne morale distincte, contrôlée par cet éditeur au sens du 2° de l'article 41-3. »

Cet alinéa a pour objet d'assurer aux opérateurs qui en font la demande, en sus de la chaîne de reprise en simultané visée au précédent alinéa, l'octroi d'une chaîne numérique supplémentaire.

La rédaction d'ensemble de l'article 30-1 ajouté à la loi du 30 septembre 1986 par celle du 1^{er} août 2000 et les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de cette dernière font apparaître que l'expression « sans préjudice de [...] », utilisée tant au deuxième alinéa qu'au troisième alinéa du III, signifie que la mise en œuvre de l'article 30-1 s'effectue non pas indépendamment de l'application des autres articles de la loi auxquels il est fait référence mais sous réserve du respect de leurs dispositions et des impératifs et critères qu'elles énoncent.

À cet égard, le troisième alinéa du III de l'article 30-1 renvoie pour l'attribution de la chaîne supplémentaire de droit aux « impératifs et critères » visés aux quatrième et cinquième alinéas du III qui sont ceux que le Conseil supérieur de l'audiovisuel prend en compte pour accorder « les autres autorisations d'usage de la ressource radioélectrique » en mode numérique terrestre.

Au titre du quatrième alinéa, l'instance de régulation doit « apprécier l'intérêt de chaque projet pour le public au regard des impératifs prioritaires et des critères mentionnés aux articles 29 et 30 ainsi que des engagements du candidat en matière de couverture du territoire, de production et de diffusion d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques françaises et européennes. Il (le CSA) tient également compte de la cohérence des propositions formulées par les candidats en matière de regroupement technique et commercial avec d'autres services et en matière de choix des distributeurs de services, ainsi que de la nécessité d'offrir des services répondant aux attentes d'un large public et de nature à encourager un développement rapide de la télévision numérique de terre ».

En vertu du cinquième alinéa, le Conseil supérieur de l'audiovisuel favorise « dans la mesure de leur viabilité économique et financière, notamment au regard de la ressource publicitaire les services ne faisant pas appel à une rému-



nération de la part des usagers et contribuant à renforcer la diversité des opérateurs ainsi que le pluralisme de l'information, tous médias confondus ».

II. – Les termes impératifs utilisés par le législateur dans le troisième alinéa du III de l'article 30-1 selon lesquels le Conseil supérieur de l'audiovisuel « accorde également à tout éditeur d'un service [...] qui en fait la demande » une chaîne supplémentaire, rapprochés des autres dispositions de cet article, impliquent que l'instance de régulation, après avoir lancé l'appel à candidatures, reçu les dossiers des opérateurs et organisé une audition publique des candidats, procède d'abord à l'attribution aux opérateurs auxquels la loi a conféré ce droit d'une part, d'une chaîne de reprise en simultané conformément aux dispositions du deuxième alinéa du III de l'article 30-1 et d'autre part, d'une chaîne supplémentaire, comme le prévoit le troisième alinéa, avant d'accorder « les autres autorisations d'usage de la ressource radioélectrique ».

Il suit de là que, lorsqu'il veille à l'application des dispositions du troisième alinéa du III, le Conseil supérieur de l'audiovisuel doit rechercher si la demande dont il est saisi satisfait aux critères et impératifs découlant d'une part, des articles 1^{er}, 26,29,30,39 à 41-4 de la loi et d'autre part, des critères propres au mode numérique de diffusion des services privés de télévision hertzienne terrestre.

En revanche, dès lors que l'attribution de la chaîne supplémentaire est de droit sur demande des intéressés, le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'est pas habilité à apprécier le respect des critères et impératifs ainsi exigés par comparaison avec d'autres demandes.



RÉFLEXIONS
SUR LA
FONCTION
PUBLIQUE

Considérations générales
*Perspectives
pour la fonction publique*



Les considérations générales du Conseil d'État sur la **fonction publique** ont été rédigées par Marcel Pochard, rapporteur général de la Section du rapport et des études, avec le concours de Julien Boucher, Thomas Campeaux, Pierre-Antoine Molina, Annes Courrèges, Suzanne von Coester, Guillaume Larrivé, auditeurs au Conseil d'État.

M. Stefan Layau, diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, en stage au Conseil d'État, a contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport.



Sommaire

Introduction	231
--------------------	-----

Première partie

Analyse des principaux enjeux

auxquels se trouve confrontée la fonction publique.	241
--	-----

1.1. L'exigence pour la fonction publique

de faire preuve d'une efficacité accrue	241
--	-----

1.1.1. Prendre la mesure des critiques formulées	242
--	-----

1.1.2. Faire face au renouvellement démographique	247
---	-----

1.1.3. Admettre que la capacité concurrentielle de la France dépend autant de la performance de ses services publics que de la maîtrise de l'évolution des dépenses publiques	250
---	-----

1.2. La nécessaire adaptation des règles de gestion de la fonction publique aux exigences de la gestion des ressources humaines.

1.2.1. Les dominantes de la gestion des agents publics.	254
--	-----

1.2.2. Les causes de cet état de fait	259
---	-----

1.3. L'indispensable conciliation entre le droit de la fonction publique et d'autres branches du droit.

1.3.1. Droit de la fonction publique et droit communautaire.	277
---	-----

1.3.2. Droit de la fonction publique et droit budgétaire.	293
--	-----

1.3.3. Droit de la fonction publique et droit de l'éducation.	296
--	-----

1.3.4. Droit de la fonction publique et évolution du droit des collectivités territoriales.	299
---	-----

Deuxième partie

Propositions.	301
----------------------------	-----

2.1. Sur les objectifs	301
-------------------------------------	-----

2.1.1. Dégager rapidement les axes d'une évolution globale maîtrisée ..	302
---	-----

2.1.2. Recueillir un possible consensus sur un principe directeur simple	302
---	-----

2.1.3. S'appuyer, pour la mise en œuvre de ce principe, sur deux partis.	303
--	-----



2.2. Sur les principales questions à traiter	305
2.2.1. Quel particularité des règles de fond pour la fonction publique ?	306
2.2.2. Quelle place au contrat dans le droit de la fonction publique ?	329
2.2.3. Quelle structure de gestion pour la fonction publique d'État ? . .	344
2.2.4. Quelle architecture et quel pilotage pour l'ensemble de la fonction publique ?	364
2.2.5. Quelle organisation du dialogue social dans la fonction publique ?	376
Conclusion	385



L'article 24 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, aujourd'hui codifié sous l'article L. 112-3 du Code de justice administrative, a conféré au Conseil d'État compétence pour « [...] *de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général* ».

Sur cette base, le Conseil d'État a décidé de consacrer les considérations générales de son rapport 2003 à une réflexion prospective sur l'évolution de la fonction publique. Il a estimé qu'il était particulièrement bien placé pour y procéder et qu'il avait même la responsabilité de le faire, compte tenu de sa connaissance du fonctionnement et des problèmes de la fonction publique, acquise à la fois dans son rôle juridictionnel, au travers du règlement des litiges survenus entre les administrations publiques et leurs agents ou les syndicats et associations de ces derniers, et dans sa mission consultative, par l'examen de l'ensemble des projets de lois et des projets de décrets statutaires relatifs aux personnels civils et militaires de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics. Nombre de ses membres ont, par ailleurs, à titre personnel, accumulé une expérience particulièrement utile à l'approfondissement du sujet, au travers des responsabilités qui ont pu leur être confiées par le Gouvernement, à la tête de grands services ou administrations publics ou qu'ils exercent ou ont exercées en raison de leur appartenance au Conseil d'État, au sein de diverses instances compétentes en matière de fonction publique, tels que le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État ou les commissions de déontologie de chaque fonction publique.

À l'aube du XXI^e siècle, quelles perspectives pour la fonction publique française ?

Pour choisir où l'on veut aller, encore faut-il prendre conscience d'où l'on vient¹.

Deux articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 auront nourri la doctrine, la législation et la jurisprudence dans l'élabora-

1 - Pour une approche scientifique de l'histoire de la fonction publique en France, voir notamment, bibliographie citée sous l'article de Marceau Long, « La fonction publique républicaine » (revue *Pouvoirs*, n° 100, décembre 2001).

tion d'un système moderne de fonction publique², de façon d'ailleurs différente au fil du temps.

- L'article 6, inspiré par l'idée d'abolition des privilèges au nombre desquels ceux des « *magistrats* » et « *officiers publics* » dont les charges, correspondant à des fonctions judiciaires ou administratives, étaient devenues vénales puis héréditaires, et prévoyant que « *tous les citoyens sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » ; il a d'abord conduit à un système électif tant pour les directoires élus des départements et districts que pour les fonctions judiciaires. Ce système mis en place dès décembre 1789 a toutefois été rapidement abandonné au profit de la nomination par le chef de l'État, avec deux tempéraments.

D'une part, l'exigence d'un diplôme universitaire, comme preuve de la « *capacité* » lors du recrutement, s'est vite imposée au moins pour certains agents, comme le montrent, par exemple, le décret du 28 décembre 1809 concernant l'organisation et le service des auditeurs près le Conseil d'État ou la loi du 28 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire. À cette première exigence ont succédé, très largement depuis la III^e République, les principes selon lesquels l'autorité investie du pouvoir de nomination ne peut pas arbitrairement refuser à certaines catégories de personnes le droit de concourir, ne peut nommer que les candidats déclarés admis au concours par un jury indépendant et ne peut promouvoir un agent public que dans des conditions procédurales garantissant une égalité de chances entre tous les agents se trouvant dans la même situation.

D'autre part, le courant libéral a obtenu rapidement la restauration d'une certaine procédure élective à l'intérieur du système judiciaire et de l'université ainsi que, sous la monarchie de juillet, celle des conseils généraux et des conseils municipaux, en 1884 celle des maires, et, enfin, en 1975, celle du maire de Paris.

- L'article 15, aux termes duquel « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* » et qui, au regard de l'article 6, peut sembler avoir eu un destin moins éclatant. Il était déjà d'une formulation plus prudente que celle proposée par Sieyès³. Sa portée potentielle a, en outre, été contrecarrée d'abord par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII qui subordonnait à l'autorisation préalable du gouvernement la poursuite des agents publics devant les tribunaux judiciaires pour des faits relatifs à leurs fonctions, puis, après l'abrogation de cet article par décret du gouvernement de la Défense nationale en septembre 1870, par l'effet d'une jurisprudence du Tribunal des conflits amorcée dès 1873. En vertu de celle-ci, hormis l'hypothèse où le fait dommageable commis par l'agent est constitutif d'une faute

2 - Sur le concept de fonction publique avant 1789, voir notamment Luca Mannori, *Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien régime : justice, police et administration*, Actes du Colloque sur l'administration territoriale de la France (1750-1940), Presses universitaires d'Orléans, 1998, p. 246-257.

3 - Dans son projet de déclaration des droits du 22 juillet 1789, dont l'article 31 prévoyait « *les officiers publics, dans tous les genres de pouvoir, sont responsables de leurs prévarications et de leur conduite. Le Roi seul doit être excepté de cette loi. Sa personne est toujours sacrée et inviolable* ».



personnelle détachable du service, c'est de la collectivité publique seule que les victimes peuvent obtenir réparation et c'est à cette dernière d'apprécier, sous le contrôle du juge administratif, s'il y a lieu de sanctionner l'agent sur le plan disciplinaire et de lui réclamer le remboursement de tout ou partie des indemnités versées aux victimes. Il est toutefois à noter que, depuis une trentaine d'années, tant la loi, de manière au moins indirecte, par le biais des concepts de « transparence » de l'administration, de droit des usagers ou d'évaluation des politiques publiques, que la pratique sociale, par la voie de plaintes avec constitution de partie civile contre des agents publics pour des faits relatifs à leurs fonctions manifestent l'exigence profonde qu'exprime l'article 15.

Une analyse plus technique de l'évolution de la fonction publique civile montre que, dès la monarchie de juillet, puis plus systématiquement au début de la III^e République, la France s'est préoccupée de se doter d'un régime dans lequel les agents publics sont formés et bénéficient d'un « état » qui les protège contre l'arbitraire du pouvoir politique⁴. En témoignent tant les propositions, notamment d'Émile de Gérardin ou de Laboulaye, tendant à faire du concours suivi d'un stage qualifié « *d'auditorat* » ou de « *noviciat administratif* » le mode normal de recrutement, et qui contribuèrent à inspirer la première création éphémère d'une école nationale d'administration en 1848, que la pression constante du législateur, dès 1843, puis en 1850, puis en 1883 pour que les diverses administrations prennent des textes d'organisation de leurs services, précisant en particulier la structure de leurs emplois et les moyens d'y pourvoir.⁵

En témoignent plus encore les multiples projets ou propositions de loi qui ont été déposés devant les assemblées parlementaires, à partir de 1871, tendant plus largement à l'établissement d'un véritable statut des agents publics, applicable à l'ensemble des administrations, tous inspirés par la conviction que « *la situation des fonctionnaires [...] n'a de valeur que si elle n'est point précaire, que si elle est à l'abri des fantaisies, des injustices, de l'arbitraire toujours possible du pouvoir, que si elle est gouvernée par des règles fixes dont le respect soit assuré, que si, pour tout dire en un mot, le fonctionnaire peut opposer au pouvoir son droit et si la fonction publique est, suivant le mot de Ihering, "juridiquement protégée"* »⁶.

4 - Sur la genèse et les fondements de la fonction publique, voir notamment Roger Grégoire, *La fonction publique*, Armand Colin, 1954 et Serge Salon, « Le statut général des fonctionnaires, la longue marche du siècle », *Cahiers de la fonction publique*, janvier 2000.

5 - Art. 7 de la loi de finances du 21 juillet 1843 : « *Avant le 1^{er} janvier 1845, l'organisation centrale de chaque ministère sera régie par une ordonnance royale [...]* » ; art. 1^{er} de la loi du 5 juillet 1850 : « *Dans l'année qui suivra la promulgation de la présente loi, des règlements d'administration publique détermineront les conditions d'admission et d'avancement pour tous les services publics où ces conditions ne sont pas réglées par une loi.* » ; art. 16 de la loi du 29 décembre 1882, qui sera suivie de plus d'effets que les précédentes dispositions, quoique en dehors des délais prévus par le texte, « *Avant le 1^{er} janvier 1884, l'organisation centrale de chaque ministère sera réglée par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique [...]* ».

6 - Rapport de M. Jules Jeanneney, député, au nom de la Commission de l'administration générale, départementale et communale, des cultes et de la décentralisation, chargée d'examiner le projet de loi sur les associations de fonctionnaires, (*Journal officiel*, Chambre des députés, 2^e séance ordinaire du 11 juillet 1907). La citation du juriste allemand auteur de *L'esprit du droit romain* mérite d'être notée.



On peut notamment citer, au titre des projets de loi émanant du gouvernement ceux présentés les 25 mai 1909 et 1^{er} juin 1920, respectivement par Georges Clemenceau et Alexandre Millerand, Présidents du Conseil, et au titre des textes examinés par les commissions compétentes du Parlement, outre le projet de loi sur les organisations de fonctionnaires déposé le 11 mars 1907 et ayant donné lieu au rapport précité de M. Jules Jeanneney le 11 juillet 1907, celui sur les conseils d'administration et l'état des employés dans les administrations centrales déposé le 22 juillet 1873 et rapporté, au nom de la Commission de révision des services administratifs, par M. Paul Jozon, député, ainsi que les propositions de loi de M. Le Mire et de M. Ferdinand Buisson, qui ont donné lieu à un rapport commun particulièrement documenté sur les droits étrangers, déposé le 2 avril 1904 au nom de la Commission de l'administration générale, par M. Chaigne, député.

On doit, certes, constater qu'aucun de ces projets n'a abouti, pour des raisons tenant à la fois aux réticences des différents départements ministériels à se défaire d'une partie de leurs prérogatives, aux divergences entre les principales forces politiques sur l'opportunité ou non de reconnaître aux fonctionnaires le droit de se syndiquer et à l'hostilité des premiers syndicats de fonctionnaires, créés dès la fin du XIX^e siècle en marge de la loi, mais néanmoins implicitement reconnus par de nombreux gouvernements, à l'idée d'un statut considéré comme une inféodation à l'État. Ce n'est ainsi qu'au sortir de la deuxième guerre mondiale, soit bien après les grands États voisins⁷, que, dans le cadre d'un compromis historique⁸ entre les principales forces politiques et syndicales, un statut général de la fonction publique a pu être adopté avec la loi du 19 octobre 1946, l'idée de statut n'étant plus assimilée à un carcan, mais à la reconnaissance de la pleine citoyenneté des agents publics, en particulier sur le plan syndical.

Il serait pourtant erroné de penser qu'il faille attendre 1946 pour trouver en France les bases juridiques d'une fonction publique dégagée de l'arbitraire et du régime de la faveur. Bien avant cette date, la plupart des grandes administrations s'étaient dotées, sous la pression évoquée plus haut du législateur, de textes spécifiques réglementant l'organisation de leurs services, en particulier pour ce qui est de la structure des emplois, des procédés de recrutement (avec la généralisation du concours), du régime d'avancement (avec la

7 - Le statut le plus ancien d'une fonction publique moderne est certainement à rechercher dans l'empire allemand, dont une loi du 31 mars 1873, reprenant un texte applicable à la Prusse dès 1794, fixe « l'état juridique des fonctionnaires », posant le principe que, sauf exception, « les fonctionnaires sont institués à vie » ; un rapport remis au congrès américain en 1865 par une commission chargée d'étudier l'organisation administrative des principaux pays d'Europe concluait que « les pays allemands pouvaient servir de modèle, non pas seulement aux États-Unis, mais à toute nation civilisée » ; on peut citer aussi l'Italie où une loi du 25 juin 1908 a défini « le statut des employés civils » ou l'Angleterre dont une ordonnance en Conseil du 4 juin 1870 fait du concours la base du recrutement du « civil service », tandis que le régime des promotions et avancements fait l'objet « d'orders in council », proscrivant les interventions politiques. Sur une comparaison entre systèmes de fonction publique en Europe, voir Alain Claisse et Marie-Christine Meininger, *Fonctions publiques en Europe*, Montchrestien, Clefs, 1994 et Eugénie Rabourdin, « La fonction publique française en Europe », Fondation Robert Schuman, 2001.

8 - Voir Jacques Chevallier, « Le statut général des fonctionnaires de 1946 : un compromis durable », *Revue administrative*, n° spécial 1996, p. 7.



systématisation des tableaux d'avancement), du licenciement (entouré de garanties disciplinaires précises, et souvent précédé du passage devant un conseil de discipline) ⁹.

En outre, diverses lois de portée générale, quoique d'objet ponctuel, avaient apporté des garanties à l'ensemble des agents publics : article 65 de la loi du 22 avril 1905 relatif à la communication du dossier ; article 34 de la loi du 28 février 1912 qui prohibe les promotions de fonctionnaires ne figurant pas au tableau d'avancement au moment où les vacances d'emplois se produisent, de façon à éviter que les administrations ne laissent un emploi vacant dans le seul but de le conserver pour un fonctionnaire qui ne remplira que plus tard les conditions exigées ; loi dite « *Roustan* » du 30 décembre 1921 sur le rapprochement des époux. Il y a lieu de citer dans le même sens la mise en place, déjà par les lois du 22 août 1790 et du 13 mars 1853, puis plus largement par la loi du 14 avril 1924, d'un régime de pensions civiles au bénéfice des fonctionnaires, prévoyant l'inscription de ces pensions au grand livre de la dette publique.

Par ailleurs, la loi du 28 octobre 1919 s'était proposée d'apporter aux emplois communaux, comme l'indique son titre, « *des garanties de stabilité* », en particulier en imposant aux conseils municipaux l'obligation de déterminer « *les règles concernant le recrutement, l'avancement et la discipline des titulaires des emplois municipaux* » et en prévoyant un règlement type établi par le Conseil d'État, directement applicable en cas de carence de la commune. Ce règlement avait fait l'objet d'un décret du 10 mars 1920 et généralisé à l'échelon de la commune le concours, le tableau d'avancement et le conseil de discipline.

Enfin, le Conseil d'État ¹⁰ avait par sa jurisprudence donné sa pleine portée à l'ensemble de ces textes, en ouvrant largement le recours pour excès de pouvoir, en dégagant les grands principes de base applicables aux agents publics, qui seront repris par la loi de 1946 et fondent encore aujourd'hui notre régime de fonction publique : principe de la particularité du régime applicable aux agents publics, principe du caractère statutaire et réglementaire de ce régime et principe de carrière ¹¹.

Le principe de la particularité du régime applicable aux agents publics veut que ces agents soient soumis à des règles distinctes de celles applicables aux salariés du commerce et de l'industrie. Il repose sur l'idée que l'État, en raison de ses caractéristiques et de ses missions, n'est pas un employeur comme les autres et qu'il doit dès lors, dans ses relations avec ses agents, être soustrait au régime de droit commun. Ainsi Clemenceau écrivait en 1907, dans une lettre aux délégués des instituteurs : « *aucun gouvernement n'acceptera jamais que*

9 - Justice (décret du 30 décembre 1884), finances (décret du 19 janvier 1885), commerce, industrie et colonies (décret du 2 février 1892), travaux publics (décret du 4 juin 1910), travail (décret du 12 août 1924)...

10 - Voir Henri Savoie, « Un siècle de jurisprudence en matière de fonction publique », *Cahiers de la fonction publique*, janvier 2000.

11 - Il doit également être fait mention du statut dit de Vichy, issu de la loi du 14 septembre 1941 portant statut général des fonctionnaires civils de l'État et des établissements publics de l'État.



les agents des services publics soient assimilés aux ouvriers des entreprises privées, parce que cette assimilation n'est ni raisonnable ni légitime ».

Le principe du caractère statutaire et réglementaire de ce régime veut qu'il soit déterminé de façon purement unilatérale par les autorités publiques, en raison du fait que les concepts de puissance publique et de service public s'opposeraient – selon le rapport d'Yves Fagon, député, sur le texte qui allait devenir la loi du 19 octobre 1946 – « à ce que l'État puisse discuter à égalité avec ses agents des conditions de leur emploi » ; ce caractère a été longtemps refusé par les organisations syndicales et n'a été concédé qu'en 1946 par la CGT, en contrepartie des droits syndicaux et du régime de participation.

Le principe de carrière a pour effet de ne pas lier les agents à un emploi déterminé, mais de leur proposer de s'élever dans la hiérarchie au cours de leur carrière, par différence avec les règles applicables dans les fonctions publiques d'emploi, où les agents sont recrutés pour occuper un emploi déterminé et ne peuvent prétendre à un autre emploi, que si, à l'égal d'autres candidats intéressés n'appartenant pas déjà à l'administration, ils manifestent des aptitudes spécifiques à cet emploi. Dans cette optique, la plupart des décrets d'organisation des services d'administration précédemment évoqués limitaient l'accès aux emplois d'avancement aux seuls agents en place, ce qui explique que l'on qualifie quelquefois la fonction publique de carrière de fonction publique « fermée ».

La loi du 19 octobre 1946 ajoutera à ces principes traditionnels celui de « participation », même si la notion n'apparaît pas dans le texte de la loi, mais est simplement affirmée tant par le rapporteur, Yves Fagon, que par le ministre de la fonction publique, vice-président du gouvernement, Maurice Thorez ; participation à la fois à l'organisation du service et à la gestion des personnels, au travers de deux types d'organisations paritaires, les commissions administratives paritaires et les comités techniques paritaires. Le statut apporte en outre la reconnaissance pleine et entière du droit syndical. Il est muet sur le droit de grève, mais son silence est, comme il ressort des débats parlementaires, significatif. Il faudra donc attendre l'arrêt du Conseil d'État de 1950, *Dehaene*, pour que le droit de grève soit explicitement reconnu aux agents publics.

Les textes postérieurs se situent dans la droite ligne des principes dégagés sous la III^e République et de la loi du 19 octobre 1946.

L'ordonnance de 1959 a procédé au toilettage du statut de 1946 pour en retirer les dispositions non législatives et a apporté des simplifications, notamment en ne reprenant pas la notion de « cadre » employée à plusieurs reprises en 1946 avec des significations différentes et en faisant apparaître celle de corps, plus familière dans la pratique, bien qu'absente de la loi de 1946, et, enfin, ramassant en un seul article tout ce qui a trait à la rémunération, a fait du même coup disparaître les primes de rendement prévues en 1946, notamment pour les agents ou groupes d'agents « ayant dépassé au cours de l'année considérée, les normes de rendement fixées pour chaque administration ou service par le ministre intéressé ».

L'ensemble constitué par les lois des 13 juillet 1983, 11 et 26 janvier 1984 et 9 janvier 1986 qui restent la base des quatre titres du statut général actuel, aura une portée plus grande.



Le législateur accroît la place donnée au principe de participation, puisque l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit expressément que « *les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec le gouvernement les négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail* ».

Mais surtout il élargit considérablement le champ du statut général, en l'étendant aux personnels des collectivités territoriales et de leurs établissements publics et aux personnels hospitaliers publics, selon une logique d'unité de la fonction publique ou de fonction publique « à trois versants », régis, en sus du titre I qui leur est commun, respectivement par les titres II, III et IV. La mobilité entre les trois fonctions publiques est prévue par l'article 14 de la loi de 1983 comme une « *garantie fondamentale* » de la carrière des fonctionnaires. Il s'agit là d'une option forte pour un système d'ensemble appelé à être structuré et à évoluer de façon homogène, au travers notamment d'une stricte correspondance entre niveaux de recrutement, d'une grille indiciaire unique et d'une certaine parité, même si ce principe n'a été appliqué par le Conseil d'État que comme mécanisme régulateur pour éviter un dérapage des rémunérations et avantages accessoires dans la fonction publique territoriale par rapport à l'État.

Ce faisant, les lois de 1983 et 1984 franchissent un pas depuis longtemps envisagé, s'agissant de la fonction publique territoriale, mais toujours remis à plus tard. Dans la plupart des textes élaborés sous la III^e République, à l'exception du projet rapporté par M. Jeanneney, qui les incluait, les fonctionnaires départementaux et communaux étaient, après hésitation, finalement écartés, pour des raisons diverses : crainte « *de se heurter aux franchises départementales et communales* », souhait de procéder par paliers successifs... En 1946, les partisans d'un statut unique pour l'ensemble de la fonction publique se sont inclinés devant l'impossibilité de préjuger des règles applicables aux personnels des communes à une date où les principes mêmes de l'organisation locale dans le cadre de la nouvelle Constitution étaient encore en question. Une loi est venue postérieurement, le 28 avril 1952, fixer le « *statut général du personnel des communes et des établissements publics communaux* », faisant bénéficier ce personnel de l'essentiel des garanties prévues en faveur des fonctionnaires de l'État, mais organisant leur carrière selon un régime s'inspirant beaucoup du régime des fonctions publiques d'emploi.

Quant aux agents hospitaliers, il n'avait, à vrai dire, jamais été envisagé de les soumettre à un statut identique à celui des agents de l'État ou des communes, bien que la grande majorité des hôpitaux soit constituée d'établissements publics communaux ou intercommunaux. Longtemps la réglementation applicable à ce personnel avait été faite de textes disparates¹² et ce n'est que par un décret du 20 mai 1955 que les agents hospitaliers ont été dotés d'un statut général propre, qui avait été intégré au Code de la santé publique, dont il

12 - Si l'on fait abstraction de la loi du 21 décembre 1941 relative aux hôpitaux et hospices et de son décret d'application du 17 avril 1943.



devait constituer le livre IX, étant précisé que ce statut général n'était pas tout à fait général, puisqu'il ne couvrait pas les personnels de l'Assistance publique de Paris. Ce statut de 1955 empruntait à la fois au statut général des fonctionnaires de l'État et au statut général des personnels communaux.

Depuis 1983, le titre I du statut général portant droits et obligations des fonctionnaires n'a fait l'objet que d'aménagements, importants certes, mais qui n'en changent pas l'esprit, notamment s'agissant de l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants des États membres de la Communauté européenne par la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 ou de la modification des règles de représentativité syndicale par la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996. Il en est de même du titre II (loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État) ; les aménagements intervenus l'ont été pour autoriser ce que l'on qualifie de troisième concours (loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001), pour permettre le recrutement direct des handicapés dans des corps de catégorie A ou B (loi n° 95-116 du 4 février 1995) ou pour renforcer le contrôle de passage de l'administration au secteur privé (loi n° 94-530 du 28 juin 1994). Le titre III (loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale) a été davantage modifié, notamment par la loi n° 87-529 du 13 juillet 1987, qui à la fois a élargi les possibilités de recours à des agents non titulaires, alignant en cela les collectivités locales sur l'État, et substitué à la notion de corps celle de cadre d'emplois, ce qui a amené à revoir les équilibres entre prérogatives des collectivités territoriales proprement dites et rôle des instances de coordination (CNFPT, centres de gestion...).

Il est temps de prendre la mesure de l'importance de la population concernée par le corpus de références historiques, de principes et des textes sus-rappelés. Au 31 décembre 1999, le nombre d'agents relevant de la fonction publique, au sens large du terme, c'est-à-dire en fait « d'agents dépendant d'administrations ou d'organismes dans lesquels le recrutement de droit commun relève des titres II, III et IV du statut de la fonction publique »¹³, atteignait, si l'on s'en remet aux données de l'Observatoire de l'emploi public, 5,216 millions¹⁴.

Parmi eux, le nombre de fonctionnaires et non-fonctionnaires exerçant leur activité principale dans des administrations ou dans des établissements publics administratifs s'élevait à 4,6 millions, ce qui représentait environ 21,5 % des salariés de métropole et des départements d'outre-mer, chiffre auquel peuvent être ajoutés les 317 000 agents bénéficiant de contrats aidés (emplois jeunes, contrats emploi-solidarité, contrats emploi consolidé), soit un total de

13 - Sont donc comptés les agents des ministères (administrations centrales, services déconcentrés), ceux des collectivités territoriales (régions, départements, communes) et ceux des établissements publics à caractère administratif, tels les hôpitaux publics, les maisons de retraite publiques, le CNRS, l'ANPE, les universités, les établissements publics locaux d'enseignement, les centres de gestion de la fonction publique territoriale, les caisses des écoles... Par contre, les personnels à statut réglementaire des organismes consulaires et ceux des assemblées parlementaires sont hors du champ de la fonction publique ainsi entendu, de même que les agents des organismes locaux de sécurité sociale, ces organismes étant de droit privé. La prise en compte des contrats aidés peut être objet de débat.

14 - Source : Observatoire de l'emploi public, rapports annuels juin 2001 et octobre 2002.



4,9 millions. L'effectif de 5,2 millions d'agents est atteint en ajoutant à ce chiffre les personnels de certains établissements publics à caractère industriel ou commercial (EPIC) autorisés par des dispositions législatives dérogatoires à recruter des agents de droit public ¹⁵, ainsi que la Poste qui, à la différence des autres entreprises publiques constituées en EPIC (comme la SNCF, EDF ou la RATP) est autorisée par la loi à recruter des fonctionnaires et en comptait près de 77 % en 1999, soit 299 000.

Les 4,6 millions d'emplois des organismes soumis au droit administratif et recrutant des agents publics se répartissent en 2 410 000 pour la fonction publique de l'État, 1 329 000 pour la fonction publique territoriale et 843 000 pour la fonction publique hospitalière. Dans ce total, le nombre d'agents non-fonctionnaires s'élève à 827 000, dont 359 000 dans la fonction publique de l'État, 329 000 dans la fonction publique territoriale et 139 000 dans la fonction publique hospitalière. Au sein de ces effectifs de non-fonctionnaires, 74 % sont non-titulaires, 8 % ouvriers d'État (au ministère de la Défense surtout), 11 % médecins des hôpitaux publics et 7 % assistantes maternelles (dans les collectivités locales). La proportion de femmes est globalement prépondérante ; elle s'élève à 71 % dans la fonction publique hospitalière, 60 % dans la fonction publique territoriale et 50 % dans la fonction publique de l'État.

La question de savoir si le statut de la fonction publique, qui a maintenant plus de 55 ans si l'on se réfère à la loi du 19 octobre 1946 et une centaine d'années si l'on se réfère à la plupart des grands principes qui le fondent, reste adapté fait l'objet d'appréciations très contrastées et souvent passionnées. Pour les uns, il est le dernier avatar d'un modèle de société bureaucratique, dépassé de toutes parts, mais qui refuse d'évoluer, au risque de scléroser l'appareil politico-administratif et de compromettre la compétitivité de la France. Pour d'autres, il est au contraire le garant de l'impartialité de l'administration et de l'égalité d'accès au service public, qui sont les conditions de la cohésion sociale, de telle sorte que proposer de revoir le statut, sous quelque forme que ce soit et en quelque élément que ce soit, revient à s'en prendre à tout un modèle de société.

Entre ces deux attitudes extrêmes, à l'appui desquelles d'ailleurs leurs protagonistes ne manquent pas d'invoquer des exemples étrangers, soit pour les louer soit pour les dévaluer, il y a au moins un point commun, c'est le fait de raisonner comme si le statut était un bloc, comme si tous ses éléments étaient à mettre sur le même plan, principes exprimant une déontologie publique, règles d'organisation et de gestion, à rejeter ou à préserver indistinctement, et comme si, en définitive, il n'y avait de choix possible qu'entre deux extrêmes.

C'est une même façon, dans les deux cas, de bloquer toute évolution, voire toute réflexion. Or cette réflexion sereine, dans laquelle se sont d'ailleurs engagés, depuis plusieurs années, de nombreux responsables administratifs, politiques, syndicaux et du monde universitaire, est indispensable. Il est impossible d'ignorer que, dans les dix dernières années, des pays européens de tradition juridique proche de la France, comme l'Italie ou l'Espagne, ont

15 - Il s'agit essentiellement de l'ONF, de l'ONIC et des Offices d'intervention agricole.



estimé nécessaire d'apporter des réformes profondes à leur régime de fonction publique. De même on ne peut faire abstraction du fait que, dans des pays comme l'Allemagne ou la Grande-Bretagne, le volume de ceux des emplois correspondant aux fonctions collectives – ou services d'intérêt général selon la terminologie communautaire – qui sont soumis à un régime juridique dérogatoire au droit commun du travail est nettement moins important qu'en France, ce qui a marqué l'interprétation donnée par la Cour de justice des communautés européennes de la notion d'« *emplois dans l'administration publique* », avec des conséquences diverses sur lesquelles on reviendra.

La sérénité de la réflexion implique d'abord de faire le point très précisément sur les principaux enjeux auxquels se trouve aujourd'hui confrontée la fonction publique française. Ce travail d'analyse devrait permettre, à titre d'éléments de proposition pour le débat public, d'identifier des objectifs et de suggérer une méthode d'examen des questions à trancher, en énonçant les diverses réponses susceptibles de leur être apportées et en indiquant leurs implications.

Les questions spécifiques aux militaires et aux corps judiciaires ne seront pas traitées. La réflexion sera conduite dans une perspective couvrant les trois fonctions publiques, même si, sur certains points, elle sera plus particulièrement précisée ou illustrée pour la seule fonction publique de l'État.



Première partie

Analyse des principaux enjeux auxquels se trouve confrontée la fonction publique

Le régime de la fonction publique française, tel que défini, dans la continuité des règles progressivement dégagées depuis le début de la III^e République, par les statuts successifs de 1946, 1959 et 1983, avait pour objectifs principaux, comme il a été souligné en introduction, d'instituer en France une fonction publique intègre, compétente et non politisée, c'est-à-dire loyale à l'égard des pouvoirs publics, tout en étant à l'abri des pressions politiques ou partisans. Ce résultat doit sans aucun doute être regardé comme atteint, même si des nuances d'appréciation peuvent être apportées sur certains points et si des correctifs doivent donc être prévus en conséquence, comme il sera indiqué dans le cours des développements qui suivent.

Cela témoigne de la pertinence des grandes règles conçues pour atteindre lesdits objectifs, qu'il s'agisse de celles destinées à garantir l'impartialité dans l'accès à la fonction publique ou dans le déroulement des carrières, ou de celles définissant les principaux droits et obligations des agents.

Cet acquis de la fonction publique doit être préservé. Pour autant, il ne suffit pas à lui-seul à résumer les enjeux auxquels la fonction publique doit faire face pour l'avenir. En fait, l'ensemble des 5 millions d'agents qui assument les fonctions civiles de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics administratifs sont aujourd'hui confrontés à bien d'autres enjeux de tous ordres, représentations culturelles, contraintes d'ordre technique, évolution de l'environnement juridique, que l'on peut résumer en trois affirmations :

- la fonction publique doit faire preuve d'une efficacité accrue ;
- la fonction publique doit, dans ses règles d'organisation, être mieux adaptée aux exigences de la gestion des ressources humaines ;
- le droit de la fonction publique doit être concilié avec d'autres branches du droit.

1.1. L'exigence pour la fonction publique de faire preuve d'une efficacité accrue

Cette exigence n'est certes pas nouvelle ¹⁶. Le fait que les dépenses de personnel, au sens large, représentent plus de 40 % du budget de l'État et, plus géné-

16 - Voir à titre de réflexion d'ensemble, le rapport de la Mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, présidée par Jean Picq et dont le rapporteur général était Jean-Ludovic Silicani, mai 1994.



ralement, que les usagers des services publics soient également des citoyens ou des contribuables a provoqué de multiples travaux et études pour évaluer l'efficacité des politiques publiques, comme pour mieux appréhender la réalité de l'emploi public. En témoignent tant les études conduites par le Commissariat général du plan ou la Cour des comptes¹⁷ que les travaux engagés par l'Observatoire de l'emploi public récemment mis en place¹⁸.

Néanmoins la prégnance de cette exigence est singulièrement accrue par des données culturelles, démographiques et économiques qui méritent attention.

1.1.1. Prendre la mesure des critiques formulées

La première des données qui gouvernent l'obligation pour la fonction publique de se soumettre à l'exigence d'une efficacité accrue tient aux appréciations critiques qui sont couramment formulées à son encontre et touchent précisément, pour l'essentiel, à la façon dont elle a pu fonctionner par le passé au regard de cette obligation¹⁹. Même si en effet celle-ci n'est susceptible de s'appliquer au secteur public que dans un contexte qui lui est propre, elle constitue un impératif qui le concerne au même titre que le secteur privé. Le caractère spécifique des services publics implique seulement, quoique nécessairement, que la réalisation des performances soit appréciée par rapport aux objectifs fixés par l'autorité publique et qu'elle intervienne sur la base de tous les critères pertinents et non pas seulement de critères purement financiers.

La critique faite à la fonction publique de ne pas prendre suffisamment en compte les exigences d'efficacité peut paraître injuste à la très grande majorité des fonctionnaires. On ne peut tout d'abord ignorer l'effort de modernisation conduit dans l'ensemble de la fonction publique au cours des années passées, par le recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, par la simplification des procédures, par l'attention à la qualité du service. On ne peut ensuite oublier l'implication personnelle et la conscience professionnelle de la très grande masse des agents publics : agents en charge de l'accueil, soumis aux contraintes du guichet, chefs d'établissements scolaires et enseignants amenés à faire face à une population scolaire souvent instable et sans références, personnels hospitaliers aux prises avec les urgences médicales ou la détresse humaine. Il faut aussi avoir conscience des formidables réussites, qui toutes ont nécessité une vigilance extrême des agents du haut en bas de l'échelle, comme le passage sans heurts à l'euro. Ces considérations expliquent au demeurant l'attachement des citoyens à leur fonction publique²⁰.

17 - Commissariat général du Plan, *Fonctions publiques : enjeux et stratégie pour le renouvellement*, sous la direction de Bernard Cieutat, la Documentation française, mars 2000 ; Cour des comptes, *La fonction publique de l'État*, rapports publics particuliers, décembre 1999 et avril 2001, Les éditions des Journaux officiels.

18 - L'observatoire a été créé par le décret du 13 juillet 2000 ; son premier rapport a été publié en juin 2001 et le second en octobre 2002, la Documentation française.

19 - Voir sur le sujet, *La gestion des ressources humaines publiques à l'heure de la performance*, Institut de l'entreprise, janvier 2003.

20 - Qu'il ne faudrait certes pas magnifier, car quelle est l'entreprise qui se satisferait de ce que 60 à 70 % de ses clients lui font confiance, mais qui est régulièrement confirmé.



Reste que l'image du fonctionnaire demeure influencée par un stéréotype : l'agent pour qui le temps ne compte pas, plus accroché à des procédures incompréhensibles qu'aux résultats à atteindre, retranché dans sa petite parcelle de pouvoir et de ce fait loin des contraintes de réactivité qui pèsent sur la marche de l'entreprise privée. Comment, de fait, ne pas regretter le fréquent défaut de prise en compte des attentes des usagers dans leur diversité selon les milieux et les personnes, la persistance de délais excessifs de réponse ou de traitement des dossiers, l'inadéquation ou le non respect des horaires. Une partie de ces maux prend sa source dans l'absentéisme ²¹, qui pèse lourdement sur l'efficacité de la fonction publique et constitue une véritable plaie. Or, les manquements individuels révélateurs d'une démobilitation et d'une perte du sens des exigences du service public sont rarement sanctionnés ; on compte à peine 3 500 sanctions disciplinaires par an de premier niveau, blâme ou avertissement. Les cas de mauvais service, d'indiscipline et de fautes professionnelles, pourtant si souvent dénoncés par les responsables des services, n'ont donné lieu qu'à 24 révocations ou mises à la retraite d'office en 2001 ²². À ces manquements proprement dits, il faut ajouter les réticences et freins individuellement ou collectivement opposés à l'adaptation des ressources et des organisations aux missions à accomplir, souvent motivés par le simple refus de renoncer à des positions acquises. Si la fonction publique entend redresser son image, elle doit commencer par réagir sur tous ces terrains.

Une autre critique, étroitement liée à la première, tient à **la façon dont la fonction publique a, pendant la crise des trente dernières années, assumé sa part des efforts d'adaptation et de performance demandés au reste du pays**. Il lui est reproché de s'être instituée en monde protégé ²³, s'isolant du reste de la société et refusant d'en partager les épreuves.

Pendant ces trente années, le secteur marchand et le monde de l'entreprise ont, en effet, été soumis à des exigences ininterrompues de restructuration et de productivité pour assurer leur survie et défendre l'emploi et ont été amenés à intensifier les efforts demandés à leur personnel, en particulier sous forme de mobilités géographiques ou professionnelles, sans parler des licenciements ou de l'allongement de la durée du chômage. Pendant ce temps, beaucoup de transformations sont certes également intervenues au sein de la fonction publique, comme le montre le vaste mouvement de transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales, ou le changement profond de statut des institutions en charge de la poste et des télécommunications, ou encore les restructurations conduites dans le secteur de la défense, mais cela n'a pas été la loi générale, et dans sa grande masse, si l'administration a évolué, c'est à son rythme et le plus souvent sans remise en cause en profondeur de ses

21 - Sans parler de la lourdeur et de la faible efficacité des dispositifs mis en place pour assurer les remplacements ; dans son rapport spécial d'avril 2001, la Cour des comptes relève que les effectifs (sureffectifs) affectés au remplacement dans l'éducation nationale avaient doublé en 4 ans, atteignant, dans certaines académies, jusqu'à 8 % des moyens totaux attribués à l'académie et que le taux d'utilisation des titulaires remplaçants était en moyenne inférieur à 60 %.

22 - *La fonction publique de l'État*, rapport annuel mars 2001-mars 2002, p. 183.

23 - On a pu parler de « *privilégiateure* » ; voir sur le sujet Jean-Baptiste de Foucault, « Le statut, les missions de l'État et l'évolution de la société », *Revue administrative*, numéro spécial, 1996, p. 63.



méthodes, de ses structures ou même de ses habitudes. Dans plusieurs cas même, il est apparu que certaines réorganisations reconnues comme indispensables avaient été ajournées, faute que soient acceptés les redéploiements d'effectifs ou les reconversions, voire la remise en cause de chasses gardées, qu'elles impliquaient.

La fonction publique ne sera quitte de cette critique que si elle affronte le défi pesant de ce fait sur elle et qui touche à sa légitimité même. Dire cela n'est pas méconnaître l'ampleur des dévouements individuels ou l'implication directe de milliers d'agents dans les difficultés rencontrées par leurs compatriotes : agents des services publics fonctionnant dans les quartiers sensibles²⁴, agents des services d'accueil en charge des prestations aux plus démunis, personnels enseignants dont l'environnement de travail s'est fortement dégradé avec la crise, policiers ou pompiers pris pour cibles, en dérivatif de rancœurs diverses... C'est accepter de regarder en face une situation qui appelle un redressement, car le constat est globalement fondé²⁵.

Une troisième critique est également formulée, celle **de corporatisme**, tirée de ce que la fonction publique constituerait un monde fonctionnant dans l'intérêt dominant de ses membres et non dans celui du service. Cette critique est peut-être celle qui frappe le plus au cœur de la fonction publique, car le corporatisme qui met l'intérêt général à la remorque des intérêts particuliers est l'antithèse du service public et de ce pourquoi la fonction publique existe. Or il est souvent dénoncé²⁶. Déjà en 1954, avaient été relevées une forme de retour à la « *patrimonialité des charges* » et la tendance des corps à fonctionner « *en champ clos* »²⁷, plus préoccupés de leurs intérêts spécifiques que de celui du service ; et il faut reconnaître que trop souvent l'appartenance à un corps peut primer l'appartenance au service et que l'intérêt du service peut devoir composer avec celui du corps.

Pour des pans entiers de la gestion du personnel, il arrive que les mécanismes mis en place soient en effet principalement guidés par l'intérêt des agents, abstraction faite des objectifs du service. Ainsi, pour ce qui est des mutations, dont dépend pourtant la bonne adéquation entre le profil des agents et celui des postes à pourvoir, et donc la bonne réponse aux besoins du service. Dans les plus grandes administrations, comme l'éducation nationale, ces mouvements interviennent en fonction des seuls vœux des agents et sur la base de critères prenant en compte exclusivement des éléments relatifs aux candidats²⁸. Il en résulte que les postes les moins demandés, souvent les plus difficiles, en particulier en raison de leur localisation dans des quartiers défavorisés, doivent être confiés aux agents les plus jeunes, donc les moins

24 - Voir Annie Maguer et Jean-Marc Berthet, *Les agents des services publics dans les quartiers difficiles*, rapport d'étude pour la DGAFP, la Documentation française, 1997.

25 - Voir sur le sujet Jean Choussat, *La modernisation est-ce l'efficacité ?*, juillet 1994.

26 - Voir Jean Choussat, « L'administration ou la dernière corporation », *Revue Autrement*, n° 16, septembre 1996, p. 102 ; Blandine Kriegel, *L'État et la démocratie*, la Documentation française, 1995 ; Jean Saglio, « Fonctions publiques et méconnaissances sociologiques », dans *L'administration en mouvements*, collection « Perspectives », la Documentation française, p. 143.

27 - Roger Grégoire, ouvrage précité.

28 - À l'exception des postes à exigences particulières qui permettent de tenir compte du profil de l'emploi et de l'avis du chef d'établissement et seront évoqués plus loin.



expérimentés, et au surplus les plus instables, car désireux d'en changer le plus rapidement possible, ou à défaut à des agents non titulaires²⁹. Le même phénomène se reproduit dans la police. Inutile de dire qu'une telle façon de pourvoir aux emplois n'est pas la meilleure garantie d'un service public efficace.

Plus généralement, tous les mécanismes, nombreux, privilégiant l'ancienneté par rapport à la manière de servir sont une façon de renoncer à faire de l'intérêt du service un critère majeur de gestion. Il en est de même des mesures d'organisation du service effectuées en considération des seuls desiderata des agents, dans l'oubli des attentes de l'utilisateur.

Il serait au surplus erroné de mettre ce corporatisme sur le seul compte du comportement des agents ou de leurs syndicats. C'est également la faiblesse de l'État-employeur qui est en cause. « *Les agents publics et leurs syndicats défendent leurs intérêts avec ni plus ni moins d'ardeur que d'autres catégories sociales : la seule différence, qui suffit à faire basculer tout le système de la revendication légitime vers le corporatisme aveugle, c'est l'absence quasi totale de contre-pouvoirs [...]* »³⁰. Les contrôles et contre-pouvoirs sont d'ailleurs d'autant plus faibles que le corporatisme se nourrit de l'opacité : l'exemple le plus frappant en ce sens est celui des rémunérations accessoires dans la fonction publique, dont la réalité a été longtemps présentée comme un secret d'État, ce qui permettait tout simplement à une administration d'octroyer à ses agents des primes doubles de celles du reste des services. Il aura fallu la détermination de la Cour des comptes pour que le voile se trouve finalement déchiré et l'ensemble des textes instituant des indemnités accessoires publiés³¹.

S'il fallait évoquer un dossier justifiant les trois critiques qui viennent d'être analysées, c'est celui de la façon dont, dans la fonction publique, est géré le temps de travail (durée du travail et organisation du temps de travail), lequel constitue évidemment une des clefs tant de la qualité du service rendu que de la performance.

En 1999, le rapport Roché³² a mis en évidence des dérives, certes soupçonnées, mais d'une ampleur qui l'était moins et qui manifestaient de la part de la fonction publique une regrettable indifférence, à l'égard de ses obligations et des contraintes pesant sur les autres salariés : durée du travail moyenne à peu

29 - D'une étude exhaustive réalisée, à la demande de la DGAFP et du préfet du département en 1995, par les grandes inspections générales, sur les services publics en Seine-Saint-Denis, il résultait : le poids du personnel en début de carrière (un quart des policiers a moins de 27 ans) ; un grand désir d'évasion, (l'année de l'enquête, 30 % des gradés et 52 % des gardiens de la paix avaient demandé une mutation et dans l'enseignement du 1^{er} degré, le désir d'évasion est 4,8 fois celui du reste de la France) ; un délai de vacance des postes exceptionnellement long ; une démobilisation (dans les services du travail et des affaires sociales, plus de 60 % des agents ont été en arrêt maladie pour une durée moyenne respective de 34,4 et 27,3 jours). Une autre étude réalisée en 1997 par les deux inspections générales du ministère de l'Éducation nationale montre que, dans un très grand nombre de ZEP, une minorité seulement d'enseignants est en poste depuis au moins trois ans, le taux de rotation atteignant 25 % dans certains établissements.

30 - Jean Choussat, article précité.

31 - Cour des comptes, rapports publics particuliers sur la fonction publique précités.

32 - Jacques Roché, *Le temps de travail dans les trois fonctions publiques*, la Documentation française, 1999.



près systématiquement inférieure à la durée légale, et même durée atteignant à peine 30 heures dans certains services, multiplication des régimes dérogatoires en marge de la légalité, à titre de variable d'ajustement (semaine du ministre, semaine du maire), octroi généreux de « ponts » ou d'autorisations d'absence (quota forfaitaire d'absences quelquefois), défaut trop fréquent de contrôle, organisation figée des cycles de travail, généralisation de pratiques locales spécifiques plus ou moins connues, résultant de l'usage et de l'accumulation des tolérances ³³.

Le résultat, souligné par la Cour des comptes, en est que, faute de connaître toujours l'ensemble des règles mises en œuvre et des usages substitués aux règles, et faute d'avoir, depuis de nombreuses années, manifesté sa volonté de faire respecter des normes communes et dénuées d'ambiguïté, l'administration centrale est incapable, dans de nombreux services, de définir la moindre politique d'organisation du temps de travail.

L'introduction des 35 heures dans la fonction publique aurait dû être l'occasion de la mise à plat de tout le système. Elle l'a été pour partie puisque le temps de travail fait désormais l'objet d'une réglementation obéissant à des principes communs ³⁴, mais il convient de reconnaître que l'on s'est arrêté en route ; les préoccupations d'aménagement du temps de travail (et donc d'efficacité et de meilleur service aux usagers) sont très vite passées au second plan par rapport à la stricte mise en place d'une réduction du temps de travail au bénéfice des agents.

Les avantages acquis plus ou moins régulièrement par le passé ont été souvent maintenus (semaine exceptionnelle supplémentaire de congé dans de nombreuses collectivités territoriales ³⁵ ; jours comptables résultant des lois de 1904, 1906 et 1909 ³⁶ ; préservation des autorisations d'absence pour « *déménagement* », « *rentrée scolaire* », « *réunion de parents d'élèves* », « *examens médicaux* »). Dans de nombreuses administrations ou collectivités, les jours RTT ont été purement et simplement assimilés à des jours de congés avec les conséquences que cela implique, ainsi qu'en témoigne l'accord conclu dans une grande administration régaliennne et qui comporte la mention étonnante : « *l'acquisition des droits n'est pas interrompue en cas de congés maladie* », ce qui veut dire que le compteur d'acquisition de jours RTT joue même lorsque l'agent ne travaille pas ³⁷. La variable d'ajustement a été le plus souvent l'amplitude d'ouverture des services, sinon la qualité du service : dans telle collectivité territoriale, les services fermeront le vendredi après-midi ; dans tel musée que l'on vient visiter du monde entier, le pourcentage des salles ouvertes au public simultanément sera abaissé. Exemple extrême des paradoxes auxquels on peut aboutir : dans un grand service public de l'emploi,

33 - Voir sur ces points, Rapport spécial de la Cour des comptes, décembre 1999, p. 205.

34 - À noter également le progrès constitué par l'affichage dans les textes des horaires de travail, l'introduction des pointeuses ou la revalorisation des heures supplémentaires.

35 - Dans la fonction publique de l'État, ces semaines exceptionnelles ont été systématiquement supprimées.

36 - Qui sont au demeurant encore également appliqués dans le secteur bancaire.

37 - Cette approche n'est pas le fait de la généralité des administrations ; ainsi les ministères de l'intérieur ou de l'agriculture et la Caisse des dépôts et consignations s'y sont refusés.



la direction générale a dû instaurer un régime de bonification en jours RTT pour les personnels qui accepteront ou demanderont à ne pas prendre de jours RTT pendant les périodes dites à fortes charges.

Cette place toute relative donnée aux notions de performance, de productivité, de service au public ne manque pas de soulever de nombreuses interrogations sur les ressorts internes du fonctionnement de la fonction publique, alors qu'avant même d'être une obligation économique ou financière, la recherche d'efficacité collective est pour elle une obligation morale au regard de la société au service de laquelle elle agit. Est-il besoin de dire que la fonction publique ne peut aborder les années qui viennent sans en prendre conscience ?

1.1.2. Faire face au renouvellement démographique

Le deuxième élément qui doit conduire la fonction publique à s'astreindre à une exigence renforcée d'efficacité est le formidable renouvellement démographique qu'elle va connaître, dans un contexte de plus grande rareté de la ressource humaine.

Les données de ce renouvellement sont maintenant bien connues au travers des principaux rapports qui lui ont été consacrés, en particulier le rapport du Commissariat général au Plan³⁸ et le rapport 2002 de l'Observatoire de l'emploi public³⁹.

On se bornera ici à noter que les flux annuels de départ à la retraite dans les trois fonctions publiques vont s'accroître fortement dans les toutes prochaines années. Dans la fonction publique de l'État, ils passeront de 50 000 en 2002 à 62 000 en 2010, avec une pointe de 65 000 en 2007-2008 ; ils passeront de 15 000 à 33 000 dans la fonction publique territoriale, la progression continuant jusqu'en 2017, et de 16 000 à 28 000 dans la fonction publique hospitalière, la progression se poursuivant jusqu'en 2013-2014. Globalement, c'est près de 40 % des agents publics qui quitteront les administrations publiques d'ici 2010 ; les catégories concernées sont les plus qualifiées (A et B).

Le secteur privé est soumis de son côté au même phénomène, quoique de façon moins intense : la proportion des personnes de plus de 50 ans y est moins élevée que dans les administrations de l'État (18 % contre 28 %). Globalement, les départs en retraite, tous secteurs confondus, devraient passer de 478 000 personnes par an en 2000-2005, à 650 000 de 2005 à 2010⁴⁰.

Cette accélération des départs se produira dans un contexte de « *retourne-ment* » de la population active ; celle-ci devrait continuer dans un premier temps à progresser, de 500 000 personnes au total à l'horizon 2006, selon le scénario tendanciel de l'INSEE reposant sur une hypothèse de reconduction

38 - Commissariat général du Plan, rapport du groupe présidé par Bernard Cieutat, *Fonctions publiques : enjeux et stratégie pour le renouvellement*, précité.

39 - Observatoire de l'emploi public, rapport 2002, précité.

40 - Un rapport publié par le Commissariat général au Plan en 2002 souligne que sur les 30 pays de l'OCDE, la France est 30^e pour le taux d'activité des femmes et 23^e pour le taux d'activité des plus de 55 ans et estime que pour rétablir l'équilibre sur le marché du travail, la question de l'immigration va inévitablement se poser, *Avenir des métiers*, la Documentation française, 2002.



des grandes tendances passées, mais ce sera l'inverse ensuite ; le nombre d'actifs devrait alors diminuer de 30 000 par an.

C'est sur le marché des cadres que la tension sera la plus vive, car non seulement il faudra remplacer les sortants, mais également faire face à une croissance des besoins : la direction de l'Animation, de la Recherche, des Études et des Statistiques (DARES) du ministère chargé de l'emploi évalue à 25 %, de 2000 à 2010, la croissance des effectifs dans les professions très qualifiées et cadres. Or l'on sait que la fonction publique de l'État a la particularité précisément de comporter, en raison des fonctions exercées, un nombre de cadres bien supérieur au secteur privé. La proportion d'agents de catégorie A, en constant accroissement, y atteint 45 % (les enseignants de l'éducation nationale représentent 80 % de ces agents⁴¹). Alors que dans le secteur privé les cadres représentent 12 % des emplois, selon l'enquête emploi de 1999.

Si elle ne veut pas se trouver demain devant des impasses ou devant des risques de dégradation du service, l'obligeant à des mesures d'urgence, aux conséquences difficiles à maîtriser, la fonction publique doit donc, dans les délais très courts qui lui sont impartis par l'accélération des renouvellements, à la fois :

- anticiper les besoins à satisfaire secteur par secteur (en ne se bornant pas à procéder à une simple extrapolation de la situation passée), ce qui signifie partir des besoins à satisfaire, du niveau voulu de satisfaction, des gains de productivité possibles, notamment grâce aux nouvelles technologies... ;
- en déduire pour chaque secteur, filière par filière, la structure des emplois et les compétences globalement nécessaires, ainsi que la répartition territoriale souhaitable des emplois ;
- déterminer les moyens de faire face à ces différents besoins : par des redéploiements en faveur des actions prioritaires ; par des actions de formation, de promotion interne et d'organisation de carrières ; **par des recrutements prenant en compte divers paramètres trop négligés par le passé, comme la capacité d'adaptation à un métier différent de certaines catégories de personnes en deuxième ou troisième tiers de vie professionnelle, un minimum de « politiques des âges » étant indispensable pour éviter la répétition à terme du phénomène pernicieux rencontré aujourd'hui** ; par diversification des modalités statutaires d'emploi, en tirant parti du travail à temps partiel et du travail discontinu ; par appel au marché en externalisant certaines tâches qui ne sont pas centrales pour le service public ; éventuellement, pour certaines spécialités dans le domaine de l'enseignement du second degré notamment, par une dérogation aux exigences légales actuelles en matière de nationalité ; par appel au retour à l'emploi, à l'image de la campagne déjà lancée par la fonction publique hospitalière...

41 - La proportion de cadres A est de 9 % environ dans la fonction publique territoriale et 4 % dans le secteur hospitalier (hors le personnel médical) ; ce taux ne tient pas compte du fait que les personnels infirmiers, qui représentent 20 % des effectifs de la fonction publique hospitalière, s'ils n'exercent pas, dans leur grande masse, de fonctions d'encadrement, ont une qualification supérieure au baccalauréat.



Sur tous ces points, diverses initiatives ont d'ores et déjà été prises, rappelées par le rapport 2002 de l'Observatoire de l'emploi public⁴². Mais l'état d'avancement de ces différents chantiers laisse encore à désirer, si ce n'est pour ce qui est des dispositifs d'ordre technique ou organisationnel, comme la mise en place des troisièmes concours expressément prévus par l'article 19 de la loi du 3 janvier 2001 et d'ores et déjà introduits dans de nombreux corps de la fonction publique de l'État et de la fonction publique territoriale⁴³, ou comme l'accroissement des quotas d'entrée dans les organismes de formation⁴⁴.

Par contre, la réflexion est à peine engagée dans la fonction publique de l'État sur l'attractivité des déroulements de carrière, sur les compétences à développer ou sur les mobilités à aménager puisque six ministères seulement avaient à l'été 2002 transmis à la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique leur projet ou plan de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Dans la fonction publique territoriale, le caractère essentiellement décentralisé de la gestion rend illusoire, comme l'indique l'Observatoire de l'emploi public, la construction d'un modèle unique de gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences. Et si de nombreuses initiatives ont été prises, soit par les collectivités locales isolément⁴⁵, soit par le CNFPT qui développe un travail d'observation sur l'évolution des champs professionnels et métiers exercés par les fonctionnaires territoriaux, soit par les centres de gestion, il est difficile de pouvoir en tirer des indications très opérationnelles sur la façon dont les données nouvelles vont pouvoir être prises en compte. Dans la fonction publique hospitalière, les réflexions ont été longtemps conduites de façon éclatée entre les établissements hospitaliers et les agences régionales de l'hospitalisation, et ce n'est que par un décret n° 2001-1347 du 28 décembre 2001 qu'un Observatoire des emplois et des métiers de la fonction publique hospitalière a été institué.

Au surplus si, comme il sera indiqué plus loin, des interrogations commencent à percer sur la possibilité de concilier l'organisation en corps et grades et la réalité fonctionnelle des emplois, et, plus généralement, de maîtriser l'évolution en cours sans certaines retouches au statut lui-même, ces points sont assez systématiquement mis sous le boisseau. Autant dire que la question du renouvellement démographique appelle de la part des gestionnaires de la fonction publique un changement de rythme, si l'on veut la traiter de façon pertinente.

42 - « *Les fonctions publiques mettent en place des actions d'anticipation* », destinées à améliorer les parcours professionnels et à diversifier les modes de recrutement ;
- « *les démarches de gestion prévisionnelle des effectifs des emplois et des compétences dans les trois fonctions publiques se développent* », rapport annuel 2002, précité.

43 - En application de quatre décrets n° 2002-436 à 2002-439 du 29 mars 2002 pour la fonction publique de l'État, dans les corps des professeurs certifiés et assimilés, dans les corps de l'administration scolaire et universitaire, dans les corps d'ingénieurs et de personnels techniques de recherche et de formation, dans les corps de secrétariats d'administration scolaire et universitaire et de 10 décrets n° 2002-873 à 2002-882 du 3 mai 2002 pour la fonction publique territoriale, dans de nombreux corps de la filière administrative, de la filière technique, de la filière de patrimoine et des bibliothèques.

44 - Ils ont ainsi été augmentés de plus de 40 % pour les instituts de formation en soins infirmiers, passant à 8 000 par an.

45 - Voir l'exemple de la ville de Besançon, cité par l'Observatoire de l'emploi public.



1.1.3. Admettre que la capacité concurrentielle de la France dépend autant de la performance de ses services publics que de la maîtrise de l'évolution des dépenses publiques

Le troisième élément qui renforce l'obligation pour la fonction publique de s'astreindre à une exigence renforcée d'efficacité résulte de ce qu'elle est un facteur important de la capacité concurrentielle de la France.

La confrontation du secteur public non marchand à la concurrence internationale a déjà été mise en exergue par le Conseil d'État dans les considérations générales développées dans son rapport public 2002 sur le thème « *Collectivités publiques et concurrence* ⁴⁶ ». On se bornera donc ici à donner l'exemple de l'éducation, où un « *marché mondial* » est en train de se développer à un rythme rapide, portant à la fois sur l'accueil d'étudiants étrangers, l'offre de produits en ligne, le téléenseignement, la vente de programmes éducatifs ou de cours, la présentation de campus numériques... ⁴⁷ Dans un tel cas, la fonction publique est, en fait, au cœur de la compétition et elle ne pourra y faire face que si elle s'acclimate, sans rien abandonner des valeurs dont elle est porteuse, aux méthodes du monde de la concurrence, comme elle le fait d'ailleurs, lorsqu'elle pratique directement des activités marchandes, en étant alors soumise pleinement au droit de la concurrence.

D'une manière plus générale, le rôle des administrations publiques dans la capacité concurrentielle des différents pays, pour n'être pas nouveau, s'accroît au fur et à mesure que la concurrence elle-même s'intensifie et que deviennent décisifs, pour l'attractivité d'un pays, l'efficacité et la fiabilité de ses services publics (instituts de recherche, centres de formation, organismes de régulation, appareil judiciaire, système de santé, moyens de communication). À titre d'illustration, parmi d'autres, de ce constat irrécusable, on peut citer une étude commanditée par la Banque mondiale et réalisée en 2002 ⁴⁸ qui, selon une méthode pouvant d'ailleurs prêter à discussion, compare la qualité des appareils judiciaires de 109 pays dont la France et aboutit à un « *classement* » dont la diffusion peut ne pas être sans conséquences sur les choix des investisseurs.

Certes, ces choix sont aussi fonction du poids des prélèvements publics dans le pays en cause et, à cet égard, on ne saurait, s'agissant de la France, sous-estimer l'importance de la maîtrise de l'évolution des dépenses publiques mais les dépenses de personnel représentent une part importante des budgets publics (44,4 % en 2000 et 43,6 % en 2001 pour le budget de l'État ⁴⁹, 50 % des budgets des communes, 70 % de ceux des hôpitaux publics). Les dépenses de personnel de la fonction publique de l'État s'élèvent à 113,3 milliards d'euros, soit 7,8 % du PIB et au 31 décembre 2000, l'État rémunérait directe-

46 - Conseil d'État, Rapport public 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, coll. « Études et documents », n° 53, la Documentation française.

47 - Voir sur le sujet le dossier de Globeco, « Vers un marché mondial de l'éducation », sous la direction de Pierre Le Roy, n° 22, juin 2001, p. 21.

48 - S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, « *Courts : the Lex Mundi project* », Banque mondiale, janvier 2002.

49 - Source : rapport annexé au projet de loi de finances pour 2003 sur les rémunérations et les pensions de retraite de la fonction publique.



ment au total 2 302 403 agents, quel que soit leur statut ou leur temps de travail. Le nombre des seuls emplois budgétaires ou emplois permanents à temps complet autorisés par la loi de finances était de 2 181 985 en 2002, le ministère de l'Éducation nationale totalisait 63 % des emplois budgétaires des ministères civils.

Or, s'il n'est pas anormal en soi que les charges de personnel de l'État et des autres collectivités publiques représentent une part importante des budgets publics, car les services publics ne se résument pas à réaliser des équipements publics et à munir d'ordinateurs des commissariats de police, tribunaux, salles de classe ou hôpitaux, il est évident que l'idée de stabilisation globale autoritaire des effectifs, est trop sommaire pour avoir un sens. Un tel mot d'ordre est en effet perçu par chaque administration non comme une stabilisation globale n'excluant pas des transferts d'une administration à une autre, mais comme le maintien de ses propres effectifs. Par ailleurs, il peut y avoir une nécessité réelle d'augmenter certains effectifs.

Il faut ensuite noter qu'au-delà des choix politiques qui, en fonction de la conjoncture, peuvent conduire à retenir dans le projet de loi de finances telle réduction d'effectifs pour telle catégorie de fonctionnaires, ou à retenir telle date d'effet pour un décret portant majoration de la rémunération des agents publics, les caractéristiques actuelles du système de fonction publique rendent difficile la maîtrise de l'évolution des dépenses correspondantes.

- En premier lieu, le positionnement des corps et cadres d'emploi sur une grille indiciaire unique conduit à ce que toute mesure catégorielle prise en réponse à un problème donné dans une fonction publique donnée, et justifiant effectivement un traitement particulier, donne lieu en pratique à des demandes reconventionnelles des corps ou cadres d'emplois bénéficiant du même classement sur la grille des trois fonctions publiques, ce qui peut conduire soit à bloquer des évolutions nécessaires, soit à généraliser sans justification certaines mesures.

- En deuxième lieu, le « *glissement vieillissement technicité* » (GVT) exprime le fait que la masse des promotions d'échelon et de grade intervient quasi mécaniquement sans pouvoir être ni freinée, ni accélérée, si ce n'est par des artifices budgétaires, ou alors en touchant au statut des corps, ce qui constitue une opération juridiquement toujours complexe et qui peut susciter des tensions dans le dialogue social. En effet, les corps comportent une répartition fixée par les statuts particuliers entre les différents grades, soit en fonction de l'effectif total du corps, soit en fonction de l'effectif du grade hiérarchiquement inférieur. Cette méthode de contrôle de la masse salariale, appelée du nom évocateur de « *pyramidage* », ne vaut en réalité qu'à court terme et peut être illusoire. D'une part, en l'absence d'instruments et de marges de manœuvre disponibles pour les gestionnaires, il en résulte tôt ou tard une remise en cause des contraintes existantes. D'autre part pareil dispositif n'est praticable que si le corps connaît un renouvellement démographique régulier et continu ; en effet la diminution d'alimentation de la base du corps bloque peu à peu, par construction, toutes les promotions aux grades supérieurs. Ce qui, outre le sentiment d'injustice et l'absence d'incitation pour les agents méritants, suscite irrémédiablement des revendications. Celles-ci se traduiront *in fine* par une modification du statut souvent financièrement plus coûteuse que l'économie ainsi laborieusement dédagée. C'est pourquoi d'autres solu-



tions sont partiellement mises en œuvre, établissant un rapport entre le nombre de promotions autorisées et le nombre de promouvables.

- En troisième lieu, l'évolution des pensions versées aux personnels à la retraite est liée à l'évolution des traitements des personnels en service, à la fois par le biais de la valeur du point d'indice, puisque les pensions sont calculées sur la base du dernier indice perçu en activité pendant une certaine durée et pour partie, par le biais des revalorisations de carrières, puisque, en vertu de l'article L. 16 du Code des pensions : « *en cas de réforme statutaire, l'indice de traitement mentionné à l'article L. 15 (le dernier indice perçu) sera fixé conformément à un tableau d'assimilation annexé au décret déterminant les modalités de cette réforme* ». Cela revient à dire que les améliorations indiciaires dans un corps donné sont répercutées au bénéfice des retraités. Outre ses incidences sur la possibilité d'amélioration des déroulements de carrière au bénéfice des actifs, ce mode de revalorisation entraîne des inégalités entre les retraités fonctionnaires, suivant que leur corps fait ou non l'objet de mesures catégorielles, dont la justification n'est pas évidente. Cette situation s'explique par l'histoire des textes relatifs aux pensions de retraite civiles et militaires. Il n'en est pas moins justifié de penser qu'elle mérite réflexion. Il est certain qu'une réforme dans ce domaine pose, outre un problème de principe, une question de niveau d'indexation : la réforme de l'article L. 16 du Code des pensions serait évidemment mieux acceptée si elle ne devait pas conduire à une simple indexation sur les prix. Le caractère délicat de cette réflexion ne doit pas être dissimulé, d'autant que l'on sait bien que le mode d'indexation est l'un des paramètres ayant l'incidence la plus forte sur les besoins de financement ⁵⁰.

- En quatrième lieu, quant à la « **négociation salariale** » périodique dans la fonction publique, dont la pratique s'est instituée depuis 1968, et dont le principe a été entériné par la loi du 13 juillet 1983 à titre de « préalable à la détermination de l'évolution des rémunérations », on doit relever que, par ses caractéristiques mêmes, elle revêt une ampleur qui la rend particulièrement difficile et mal maîtrisable.

Elle porte en effet sur toute la fonction publique, c'est-à-dire sur rien moins que 9 millions de personnes : 5 millions d'agents en activité et 4 millions de retraités et d'ayants droit ou autres bénéficiaires. Comment prétendre appréhender, d'une façon homogène la situation d'un si grand nombre de personnes ? Elle met en jeu on a dit des sommes considérables ; une augmentation de 1 % du « point fonction publique » représente 1,17 milliard d'euros pour le budget de l'État ; selon le choix du mois pour la prise d'effet de cette augmentation, cela représente des centaines de millions d'euros de plus ou de moins à la charge du budget de l'année considérée.

Elle s'effectue entre partenaires en situation inconfortable pour négocier, qu'il s'agisse du ministre chargé de la fonction publique qui représente à lui seul tous les employeurs publics, ou des organisations syndicales qui, au nombre de sept, sont inévitablement conduites à la surenchère.

50 - Voir le rapport du Conseil d'orientation des retraites, *Retraites : renouveler le contrat social entre les générations*, premier rapport 2001, la Documentation française, 2002, p. 150.



Elle n'est pas une véritable négociation, car elle ne comporte aucun donnant, donnant : toute la question est de savoir jusqu'où le gouvernement est prêt à céder pour avoir l'accord d'un nombre suffisant de signataires.

Elle se présente de ce fait, ainsi qu'a pu le dire un ministre de la Fonction publique, à propos plus généralement de la négociation dans la fonction publique, comme « *un jeu d'ombres ; chacun y joue sa partition en solitaire* »⁵¹.

C'est pourtant cette négociation qui est aujourd'hui le mécanisme déterminant de l'évolution des rémunérations dans toutes les administrations publiques, quelle que soit la réalité des rémunérations accessoires, car la masse de celles-ci est directement liée à l'évolution du point d'indice.

Il paraît donc temps de reconstruire un système de fixation des rémunérations dans la fonction publique, qui permette à la fois de maîtriser globalement les masses financières en cause et d'avoir une politique des rémunérations qui réponde aux besoins des gestionnaires et à l'attente des agents.

1.2. La nécessaire adaptation des règles de gestion de la fonction publique aux exigences de la gestion des ressources humaines

La fonction publique est une entreprise de personnel ; sa richesse essentielle réside dans les hommes et les femmes qui la composent, leurs compétences, leur motivation, leur efficacité... La gestion des agents publics devrait être toute entière tournée vers le renforcement de ces atouts. Il serait bien présomptueux de dire qu'il en est ainsi⁵², faute qu'ait pu se développer dans l'ensemble des services une vraie gestion des ressources humaines, fondée sur une approche personnalisée et une valorisation des compétences, malgré la volonté affirmée en ce sens par les responsables de la fonction publique depuis plusieurs années et en dépit des efforts entrepris dans l'ensemble des ministères et qui seront présentés dans les développements qui suivent, en contrepoint de l'analyse des carences.

Certes, il existe presque autant de réalités de gestion que de gestionnaires et de secteurs d'activité concernés : la gestion des enseignants des lycées et collèges n'est pas celle des ouvriers des parcs de l'équipement et celle des greffiers des cours et tribunaux n'est pas celle des agents des impôts ou des éducateurs de la protection judiciaire de la jeunesse. Pour autant, il convient de dégager les caractéristiques dominantes de la gestion des agents publics, puis de s'interroger sur les causes de la situation constatée.

51 - Michel Sapin, « Le dialogue social au service du changement », discours prononcé, le lundi 27 novembre 2001, à l'occasion d'un colloque européen sur le service public.

52 - Voir pour une appréciation globale, *Gestion des ressources humaines dans l'administration*, rapport au ministre chargé de la Fonction publique, Serge Vallemont, la Documentation française, 1999 ; et *Gestion dynamique de la fonction publique : une méthode*, rapport du groupe présidé par Serge Vallemont, Commissariat général du Plan, mai 2000.



1.2.1. Les dominantes de la gestion des agents publics

1.2.1.1. Une gestion bureaucratique

La caractéristique de la gestion des agents publics reste, quels que soient les initiatives prises dans pratiquement tous les services pour y remédier, comme il vient d'être indiqué, d'être bureaucratique et administrative. On entend par-là qu'elle se trouve consacrée pour une trop large part à l'application impersonnelle de normes et de procédures, abstraction faite du profil des agents, des emplois à pourvoir et des objectifs du service qui constituent pourtant les bases d'une gestion des ressources humaines. Gérer c'est d'abord mettre en œuvre des textes et directives, réunir des instances consultatives, appliquer des barèmes, s'astreindre à toute une série de tâches administratives, très consommatrices de temps et d'énergie, au détriment d'une gestion plus qualitative... Trop souvent, de ce fait, les automatismes, combinés aux habitudes de concessions réciproques, voire d'une cogestion qui ne dit pas son nom, au sein des commissions administratives paritaires (CAP), prévalent sur la poursuite des objectifs de gestion.

Les illustrations de cette gestion administrative sont multiples : – de la notation, qui pourtant absorbe l'énergie des gestionnaires du haut en bas de l'échelle pendant de longs mois, et débouche sur des notes chiffrées dont l'éventail est des plus réduits, ainsi que sur des appréciations écrites sur la valeur des agents à ce point chantournées qu'il faut des talents d'exégète pour discerner dans les nuances de l'éloge la réalité d'un jugement critique ; avec ce paradoxe que les agents sont d'autant plus attachés à cette notation qu'aucune conséquence n'en est tirée ; – aux mutations, elles aussi très consommatrices en temps de gestion et de concertation, certaines CAP siégeant sans désemperer pendant plusieurs semaines et dont on a déjà vu qu'elles intervenaient davantage sur la base d'automatismes que de volontarisme⁵³ ; – en passant par les avancements, qui n'échappent que difficilement à la pesanteur de l'ancienneté, ou encore par les procédures de recrutement où les préoccupations de bonne organisation et de régularité des concours l'emportent souvent sur la définition des aptitudes attendues des candidats et sur la sensibilisation des jurys à la détection de ces aptitudes.

Nombreux sont bien sûr ceux qui dans la fonction publique ont conscience de cet état de choses et de multiples initiatives ont été prises pour y remédier et développer la gestion fonctionnelle.

Ainsi, le décret du 5 février 1959 sur la notation des fonctionnaires de l'État vient-il d'être totalement refondu et remplacé par le décret du 29 avril 2002 qui donne toute sa place à l'évaluation et lie plus étroitement notation et avancement, mais tout reste encore à faire pour changer les habitudes. Ainsi, en matière de mutation, des postes « à profil » qui ne peuvent être pourvus que par des agents ayant les aptitudes nécessaires pour les occuper sont-ils prévus

53 - « *Le mouvement aveugle : les affectations se font, depuis que le paritarisme existe et fonctionne, sur la base de l'ancienneté. Le plus ancien dans le grade le plus élevé choisit son poste et les autres prennent ce qui reste dans un ordre d'ancienneté décroissant.* » Extrait de *La modernisation et le droit*, Jacques Caillosse et Jacques Hardy, la Documentation française, 2000, p. 68.



dans de nombreuses administrations, comme l'équipement, les impôts, l'éducation ou encore le ministère de la Justice. Le Conseil d'État a reconnu la légalité de ce dispositif⁵⁴, mais ces postes sont le plus souvent minoritaires⁵⁵ et se heurtent à une forte réticence des organisations syndicales⁵⁶.

La Cour des comptes relève dans son rapport 2001 précité qu'au ministère de l'Éducation, il n'a pas été profité de la déconcentration du mouvement pour redresser la situation et éviter que la satisfaction des demandes de mutation ne demeure fondée exclusivement sur le barème.

1.2.1.2. Une gestion peu anticipatrice

Paradoxalement, alors que l'administration recrute des agents pour plusieurs décennies, son horizon dans la gestion des personnels est à très court terme, le plus souvent annuel. C'est particulièrement vrai pour ce qui est des effectifs. Ceux-ci constituent un thème si sensible qu'ils font rarement l'objet, par différence avec ce qui existe pour les militaires, d'une approche pluriannuelle ; on peut citer à peine, à titre d'exception, quelques lois de programmation (police, justice...) et quelques expérimentations, en particulier au ministère de l'équipement où, à partir des années 90, une prévision glissante sur trois ans a pu être mise en place. On ne dira jamais assez ce qu'une telle attitude a de paralysant pour les gestionnaires de terrain qui ne disposent d'aucune perspective d'avenir et finissent par agir comme s'ils pouvaient indéfiniment compter sur les mêmes moyens.

S'agissant des carrières individuelles, il en est à peu près de même et bien rares sont les administrations qui ont déterminé des parcours de carrière, comme a pu le faire le ministère de l'équipement par exemple, pour l'accès aux emplois des chefs de service déconcentrés. La carence la plus notable en la matière concerne la politique de l'encadrement supérieur des administrations centrales (sous-directeurs et chefs de service) : l'importance de rôle revenant à cet encadrement devrait conduire à repérer, dans les viviers des agents qui peuvent juridiquement prétendre à ces postes, les éléments les plus aptes à y être nommés à l'horizon de deux ou trois ans, et à les préparer à exercer ces fonctions, par des parcours professionnels ou des formations adaptés. Cette bonne pratique n'a vu le jour que partiellement, et nombre de ces cadres continuent à être sélectionnés à la dernière minute et affectés sans formation spécifique préalable.

54 - Il a admis au surplus l'obligation pour les candidats à une affectation sur les postes en cause d'avoir avec les responsables des services concernés un entretien préalable permettant à ceux-ci d'émettre un avis sur les candidats déclarés et de compléter ainsi l'information de l'autorité compétente et de la CAP (CE, 23 février 2000, Fédération Justice CFDT, n° 199 759).

55 - La Cour des comptes relève dans son rapport spécial 2001 précité que l'académie de Rennes avait créé 152 « postes à exigence particulière » et celle de Nancy-Metz, 200. À la direction générale des Impôts, « postes à avis » et « postes à profil » représentent toutefois 16 % des emplois de catégorie A et B des services.

56 - Voir cette observation d'un représentant d'une organisation syndicale à propos des recrutements sur postes profilés rapportée dans l'étude précitée *Droit et modernisation administrative*, p. 70 : « Mais si un proviseur obtient les personnels profilés dont il a besoin, que se passera-t-il dans les autres lycées ? Où mettra-t-on les collègues dont personne ne veut ? »



1.2.1.3. Une gestion exagérément égalitariste

La tendance lourde, régulièrement déplorée, mais constante est de traiter tous les agents de la même façon, quelle que soit leur manière de servir, pour ce qui est de la notation, des rémunérations ou du déroulement de carrière⁵⁷. Cet égalitarisme prend de multiples formes : notations non discriminantes, avancement à l'ancienneté, forfaitisation des primes, refus des mesures impliquant une différenciation selon les emplois occupés⁵⁸, absence de sanctions...

Sur ce point aussi, on pourrait évidemment citer de nombreux exemples où une certaine différenciation existe, mais s'il est bien rare qu'elle ait une réelle intensité.

Ce mal de la fonction publique est bien connu. Il est le dévoiement du principe de l'égalité de traitement qui doit être pourtant combiné, comme le prévoit l'article 6 de la Déclaration de 1789, avec la distinction selon les vertus et les talents.

Ce n'est pas faute pourtant pour le juge administratif d'avoir circonscrit la portée de l'égalité de traitement des fonctionnaires, en ne la retenant comme principe de droit qu'à l'intérieur du même corps⁵⁹ et en admettant que ne constituent pas des différences de traitement illégales celles liées à des différences de situation (ainsi l'agent qui assure correctement ses fonctions n'est pas dans la même situation que l'agent qui, les négligeant, a vu sa prime réduite de moitié⁶⁰), ou justifiées par des motifs tirés de l'intérêt général. Ainsi un décret instituant une prime de première affectation pour certains enseignants, avec pour objectif d'inciter ces enseignants à solliciter leur première affectation dans une académie où les besoins sont importants et à y rester affectés pendant au moins trois ans, ne porte pas une atteinte illégale au principe d'égalité de traitement⁶¹. De même doit être notée la portée d'une récente décision du Conseil d'État admettant la légalité d'une variation selon les départements d'une indemnité de service destinée à remédier à des déséquilibres dans les demandes d'affectation : « *eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que les agents publics soient répartis sur tout le territoire en fonction des besoins de la population et des nécessités du service, le gouvernement a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre agents d'un même*

57 - Dans l'étude évoquée plus haut des inspections générales du ministère de l'Éducation nationale sur les ZEP, on relève le constat assez désabusé suivant : « *Il existe dans les ZEP, comme partout ailleurs, des enseignants remarquablement compétents, qui réalisent des performances professionnelles, qui sont des moteurs pour les équipes ; il existe aussi en ZEP, comme partout ailleurs, des enseignants qui n'ont aucune exigence pour les élèves et s'investissent peu dans leur travail. Et, comme partout ailleurs, les premiers comme les seconds avancent dans leur carrière suivant une grille où la différence de leurs compétences et de leur investissement n'intervient quasiment pas.* »

58 - Dans la police, la mise en place de la NBI a été longtemps refusée, parce qu'elle entraînait un ciblage sur certains emplois et les crédits correspondants étaient attribués sous forme de prime exceptionnelle bénéficiant à tous.

59 - Jean-Paul Carton, « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires », *Actualité juridique-Fonction publique*, mars-avril 2002, p. 4.

60 - Conseil d'État, 10 octobre 1990, Ministre des postes, des télécommunications et de l'espace c/ M^{me} Rivaleau, n° 96 448.

61 - Cour administrative d'appel de Douai, 21 décembre 2000, Pouget.



corps, prévoir que le montant de l'indemnité spécifique de service allouée aux fonctionnaires des corps techniques de l'équipement varierait selon les départements et chercher ainsi à remédier par cette incitation financière au déséquilibre constaté dans les demandes d'affectation et les vacances d'emploi »⁶².

Il reste que l'égalité de traitement continue à être un mot d'ordre syndical facile dont beaucoup de gestionnaires se satisfont. Il n'y a toujours pas de vraies différenciations selon la manière de servir, et cet esprit égalitariste pèse beaucoup plus qu'on pourrait le penser, non seulement sur le fonctionnement de l'administration par démotivation et démobilisation, individuelle et collective, des agents, mais aussi sur son organisation, car l'égalitarisme a partie liée avec la centralisation et se trouve à l'origine du refus de la déconcentration de la gestion par de nombreux agents et certaines de leurs organisations syndicales⁶³.

1.2.1.4. Une utilisation désordonnée des souplesses de la flexibilité externe

Cette gestion enfin n'est pas autant que certains le prétendent une gestion qui refuse les facilités de la flexibilité externe dont il est souvent reproché aux entreprises privées d'abuser.

On oppose souvent la gestion des entreprises, qui reposerait de façon trop marquée sur cette flexibilité externe, consistant, pour faire face à l'évolution des activités et des profils de poste, à s'en remettre au marché, plutôt que de valoriser les ressources humaines internes ou d'organiser les reconversions professionnelles nécessaires, et la gestion de la fonction publique, laquelle procéderait en ce cas autant qu'il est possible par la flexibilité interne, notamment au travers de la promotion interne et de la formation continue, sans donc s'en remettre au marché pour ces ajustements quantitatifs et qualitatifs.

C'est largement vrai, mais beaucoup moins qu'on ne pourrait le croire ou l'espérer. En premier lieu, dans beaucoup de cas, on répond aux besoins nouveaux ou prioritaires, non par transfert de ressources humaines d'un service à un autre ou formation continue permettant une reconversion du personnel, mais tout bonnement par accroissement des effectifs, ce qui n'est pas un exemple probant de flexibilité, tout organisme privé étant susceptible d'en faire autant. De même on répond à des situations d'extinction progressive de certaines tâches, non par des changements d'affectation, mais par une sous-utilisation des personnes, sinon même par des « placardisations ».

En deuxième lieu, bien souvent, il est procédé à des ajustements par des méthodes que l'on n'admettrait pas de l'entreprise privée, par exemple par le recrutement d'agents temporaires ou vacataires ou auxiliaires, au statut purement et simplement précaire et incertain ; dans un grand nombre

62 - CE, Section, 11 juillet 2001, Syndicat départemental CFDT de la direction départementale de l'équipement du Gard, n° 220 062.

63 - Par crainte que l'agent affecté dans la Nièvre ne soit pas traité de façon strictement égale à l'agent affecté dans le Doubs ou la Dordogne.



d'administrations, on n'est même pas en mesure de fournir à ces agents un contrat en bonne et due forme, leur donnant toutes indications utiles sur le travail attendu d'eux, la rémunération qui leur sera versée^{64 65}.

Enfin, il faut reconnaître la prolifération durable dans l'administration, outre d'agents purement précaires sus-évoqués, de contractuels à durée déterminée auxquels il a été fait appel pour des raisons qui sont loin de toutes correspondre aux exigences du statut à cet égard⁶⁶.

Certes, il est inévitable, pour faire face à certains besoins, d'avoir recours à des agents contractuels, et la fonction publique ne saurait se priver d'une telle souplesse. Le secteur de l'éducation nationale ne pourrait ainsi certainement pas fonctionner, compte tenu des contraintes auxquelles il est confronté, sans un volant incompressible de maîtres auxiliaires, et bien souvent les collectivités territoriales seraient dans l'impossibilité de pourvoir à certains emplois si elles ne pouvaient faire appel à des contractuels. De même, de nombreux établissements publics ne pourraient correctement fonctionner sans que le régime de droit commun des agents ne soit celui du contrat. Mais trop souvent, les agents contractuels ne sont là que comme variables d'ajustement, parce que l'on n'a pas su anticiper les besoins, ou par commodité, sinon même, dans telle ou telle collectivité, par faveur, ou encore parce que l'on n'a pas eu le courage d'éliminer des rigidités de statut, et que, pour surmonter celles-ci, il n'y a

64 - Au total les agents non titulaires représentent environ 10 % des effectifs des services de l'État, soit 206 000 ; mais ce chiffre intègre des personnes exerçant des fonctions spécifiques n'ayant pas vocation à être occupées par des titulaires, comme des maîtres d'internat et surveillants d'externat et les allocataires de recherche ; hors ces personnels, le nombre de non titulaires s'élève à 95 000. Dans la fonction publique territoriale, les non-titulaires, hors assistantes maternelles, sont au nombre de 321 000 et représentent 24 % des effectifs. Dans la fonction publique territoriale, le taux est de 4 % et représente 45 000 agents.

65 - Alors que le recours des entreprises à l'intérim et aux contrats à durée déterminée est très réglementé : justification du caractère temporaire de l'emploi, durée maximale du contrat et limitation du renouvellement, égalité de traitement avec les salariés permanents, indemnité de précarité d'emploi. Voir Jean-François Amadiou et Denis Boissard, *La démocratie sociale en danger*, Éditions Liaisons, p. 17.

66 - Cf. article 3 du titre I du statut général : « Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont, à l'exception de ceux réservés aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires, occupés soit par des fonctionnaires régis par le présent titre, soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut. » S'agissant des emplois civils de l'État, l'article 4 du titre II dispose : « Par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre I^{er} du statut général, des agents contractuels peuvent être recrutés dans les cas suivant :

1°) Lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ;

2°) Pour les emplois du niveau de la catégorie A et, dans les représentations de l'État à l'étranger, des autres catégories, lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient.

Les agents ainsi recrutés sont engagés par des contrats d'une durée maximale de trois ans qui ne peuvent être renouvelés que par reconduction expresse. » L'article 6, dans sa rédaction résultant de la loi 2001-2 du 3 janvier 2001 a précisé : « Les fonctions qui, correspondant à un besoin permanent, impliquent un service à temps incomplet d'une durée n'excédant pas 70 % d'un service à temps complet, sont assurées par des agents contractuels. Les fonctions correspondant à un besoin saisonnier ou occasionnel sont assurées par des agents contractuels, lorsqu'elles ne peuvent être assurées par des fonctionnaires titulaires. »



d'autre solution que de les contourner⁶⁷. Cette masse de contractuels constitue ainsi une sorte de preuve tangible de ce que le bel ordonnancement du statut n'est pas sans failles, ce qui peut expliquer que, pour surmonter une forme de mauvaise conscience, les organisations représentatives des fonctionnaires aient, à défaut d'avoir envisagé l'adaptation du statut aux réalités, poussé de façon continue à ce que ces contractuels soient intégrés dans la fonction publique⁶⁸. Toujours considérées comme exceptionnelles, mais répétitives, ces opérations finissent par être sources d'injustices difficilement acceptables : ainsi la dernière loi de titularisation offre-t-elle des possibilités privilégiées de titularisation en catégorie A à des contractuels de ce niveau, alors que nombre de leurs collègues ayant opté, faute de réussir aux concours des IRA, pour une entrée dans l'administration dans un corps de catégorie B, n'auront pas la même opportunité, et même verront les emplois ouverts à la promotion interne réduits d'autant.

1.2.2. Les causes de cet état de fait

Il est souvent avancé, comme explication de cette situation, une dérive coutumière dans les pratiques de gestion par rapport aux textes. Mais il serait erroné de s'en tenir à cette approche, quel qu'en soit le bien fondé. Il est en effet possible de déceler, derrière ces pratiques, des raisons d'ordre plus général tenant au système même de gestion, et, par-delà, des raisons tenant à certains éléments caractéristiques du statut de la fonction publique.

1.2.2.1. La dérive coutumière par rapport aux textes

La première explication qui peut être donnée aux insuffisances de la gestion des ressources humaines de la fonction publique tient aux dérives dans les pratiques de gestion par rapport aux textes⁶⁹. On qualifie quelquefois ces dernières de droit coutumier, pour souligner à la fois leur poids et leur caractère non écrit, et rappeler qu'il devrait être possible de les corriger sans modification des règles statutaires, par un simple retour à ce que l'on appelle « les fondamentaux » du statut, c'est-à-dire la réaffirmation des prérogatives de puissance publique.

67 - On peut citer comme exemple les conditions de recrutement en catégorie C, largement dissuasives, en raison de la lourdeur des concours à ce niveau et qui ont conduit à des comportements douteux consistant à engager des contractuels pour 10 mois (il n'est pas possible en catégorie C de recruter des contractuels plein temps pour faire face à des besoins permanents), à les mettre au chômage indemnisé pendant 2 mois, et à les reprendre ensuite. Alors que ces pratiques étaient connues, la majorité des organisations syndicales se sont longtemps arc-boutées dans le refus de toute solution ne comportant pas de concours, jusqu'à ce que le Gouvernement obtienne, à l'occasion de la négociation du dernier accord sur la résorption de l'emploi précaire, un assouplissement de leurs positions concrétisé par la loi du 3 janvier 2001 permettant l'expérimentation pendant 5 ans du recrutement sans concours à ce niveau.

68 - Voir dans le passé la loi du 3 avril 1950 et pour la période la plus récente les lois de juin 1983, décembre 1996 et janvier 2001.

69 - Voir notamment Dominique le Vert, « Le statut des fonctionnaires et la modernisation de la fonction publique : vrais enjeux et faux débats », *Revue française d'administration publique*, n° 49, mars 1989, p. 17.



L'existence de dérives par rapport aux principes posés par le statut ou dégagés par la jurisprudence est incontestable.

Qu'il s'agisse de la notation, de l'avancement, des mutations, de la rémunération, de l'exercice du pouvoir disciplinaire, à propos desquels on a rappelé précédemment tant la faible part donnée au mérite, ou à la sanction des insuffisances, que l'effacement de la primauté de l'intérêt général, il est peu de dire que les pratiques ainsi relevées ne sont pas en conformité avec les règles et principes statutaires, lesquels au contraire donnent toute leur place au mérite et à la valeur professionnelle et permettent de sanctionner les manquements.

Ainsi, les textes relatifs à la notation dans les trois fonctions publiques disposent que la notation est accompagnée d'une appréciation générale du chef de service « *exprimant la valeur professionnelle* » de l'agent, et le juge administratif sanctionne les éventuelles contradictions entre la note chiffrée et l'appréciation générale ⁷⁰.

En matière d'avancement de grade ou de promotion interne d'un corps au corps supérieur, le statut ne connaît pas d'autres critères que la valeur professionnelle ; il ne prévoit notamment en aucun cas la prise en compte de l'ancienneté, et laisse entier le libre choix du gestionnaire. Les statuts de 1946 et 1959 disposaient expressément que « *l'avancement de grade a lieu exclusivement au choix* », et si le statut actuel ne le rappelle pas, ce que l'on peut d'ailleurs regretter, c'est parce qu'il a été estimé que cela était devenu inutile ; le Conseil d'État sanctionne en effet systématiquement tout tableau d'avancement lorsqu'il apparaît que des candidats ont été mieux classés que d'autres pour des raisons n'ayant rien à voir avec leur « *valeur professionnelle* » : ancienneté, âge, maladie ⁷¹. Il rappelle que, si le statut général impose la règle de l'avancement continu d'échelon à échelon et de grade à grade, il permet aussi l'accès direct à un grade plus élevé par sélection opérée par voie d'examen professionnel qui enregistre le mérite et la compétence de l'agent admis aux épreuves ⁷². Même en matière d'avancement d'échelon, le mérite n'est pas absent, puisque dans les trois fonctions publiques, la loi dispose expressément que l'avancement d'échelon « *est fonction à la fois de l'ancienneté et de la valeur professionnelle* ».

Lorsqu'il y a faute disciplinaire et notamment manquement à la déontologie professionnelle, le statut prévoit tout un arsenal de sanctions disciplinaires, et la décision finale, certes entourée de garanties, relève de la seule autorité hiérarchique. De même, l'insuffisance professionnelle permet, aux termes du statut, le licenciement de l'agent. On ne peut donc pas dire que les textes laissent l'autorité gestionnaire sans défense devant l'inaptitude, l'incompétence ou le comportement anormal d'un fonctionnaire.

Pour ce qui est de la rémunération, la fonction publique dispose, bien loin de la pratique égalitaire constatée, d'importantes possibilités d'individualisation pour tenir compte de la manière de servir des agents ou des caractéristiques de l'emploi occupé par eux. Au travers déjà des primes ; le statut prévoit en effet

70 - CE, 11 septembre 1983, Ministre du Budget c/ Aballea, n° 27575.

71 - CE, 10 février 1978, Bergon, p. 853.

72 - CE, 24 octobre 1979, Syndicat CFDT des personnels civils de l'air à Paris, p. 392.



que les fonctionnaires ont droit, après service fait, outre le traitement fixé en fonction du grade et de l'échelon auxquels ils sont parvenus, à des indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire ; il résulte du régime de celles-ci que l'essentiel d'entre elles sont réparties en fonction de la manière de servir⁷³ ou sont directement liées aux sujétions particulières imposées aux agents. Et l'on sait qu'en France le montant global moyen des rémunérations accessoires est relativement élevé par rapport à celui des rémunérations indiciaires, ce qui offre aux gestionnaires des marges d'individualisation qui n'existent souvent pas dans les pays étrangers. Au travers ensuite de la nouvelle bonification indiciaire (NBI), instituée en application du protocole Durafour⁷⁴, pour permettre de mieux rémunérer, soit l'exercice d'une responsabilité particulière en termes de fonctions exercées, de moyens mis en œuvre, d'encadrement ou d'animation d'une équipe, soit la détention et la mise en œuvre d'une technicité particulière, ce qui constitue, sur le papier⁷⁵, pour les gestionnaires, un instrument efficace pour récompenser la tenue de certains postes ou inciter à occuper certaines fonctions.

S'agissant des affectations et mutations, le statut, loin de s'en remettre à un quelconque automatisme ou aux seuls intérêts des agents, insiste sur les prérogatives de l'autorité de gestion et fait de l'intérêt général le critère premier des décisions. Ce n'est que « *dans la mesure compatible avec les besoins du service* », que les affectations prononcées « *doivent tenir compte des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille* »⁷⁶. Comme l'a rappelé récemment le Conseil d'État, « *sous réserve de dispositions statutaires particulières, tout fonctionnaire en activité tient de son statut le droit de recevoir, dans un délai raisonnable, une affectation correspondant à son grade* »⁷⁷.

Plus généralement, il doit être rappelé que tout notre système de fonction publique est fondé sur la distinction du grade et de l'emploi qui a précisément pour objet de donner aux gestionnaires la souplesse dont ils ont besoin pour changer l'affectation des agents dans les différents emplois, en fonction de nécessités auxquelles ils sont confrontés⁷⁸ tout en garantissant aux fonctionnaires qu'ils recevront l'affectation et le traitement correspondant à leur grade. Au surplus, de nombreux emplois de haut niveau, notamment les emplois de direction des services centraux et de la plupart des services déconcentrés, font l'objet d'un statut d'emploi, impliquant qu'ils puissent être attribués ou retirés

73 - C'est en particulier le cas des primes de rendement qui existent depuis le statut de 1946, celui-ci prévoyant même des primes collectives de rendement.

74 - Loi n° 91-73 du 18 janvier 1991.

75 - On verra que la NBI n'a, dans l'ensemble, pas pu tenir ses promesses.

76 - Cf. art. 60 du titre II du statut général.

77 - CE, Section, 6 novembre 2002, Guisset, n° 227 147 et 224 410 : en maintenant un fonctionnaire en activité avec traitement, mais sans affectation pendant plus de onze ans, alors qu'il lui appartenait, soit de lui proposer une affectation, soit, s'il l'estimait inapte aux fonctions correspondant à son grade, d'engager une procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle, le ministre a méconnu cette règle.

78 - Même si cette notion continue à être souvent présentée comme essentiellement destinée à garantir contre le licenciement, en cas de suppression d'emploi, ce pourquoi elle a été effectivement conçue au départ.



avec une grande liberté. Un récent décret ⁷⁹ vient de prévoir que les nominations dans les emplois d'encadrement supérieur se font pour une durée limitée à trois ans, renouvelable une fois, ce qui permet un réexamen régulier de l'aptitude des titulaires à occuper ces emplois.

Il faut donc admettre qu'une partie des dysfonctionnements précédemment mis en évidence résultent de pratiques de gestion qui se sont progressivement généralisées, dans l'oubli des prérogatives reconnues aux gestionnaires. Ce constat est souvent analysé comme la traduction d'une sorte de refus des gestionnaires d'affronter les tensions, voire les conflits ouverts, par suite de la diffusion dans la fonction publique d'une culture du non conflit ou encore d'un consensus mou entre organisations syndicales et autorités hiérarchiques, largement cautionné par les autorités politiques, en particulier pour ce qui est des mutations ou de l'avancement. Cette culture disposerait d'un cadre privilégié d'expression avec les commissions administratives paritaires (CAP), où les organisations syndicales trouvent une tribune et peuvent faire prévaloir la conception de l'égalité qui est la leur, tandis que les autorités hiérarchiques, en laissant faire, achèteraient une forme de paix sociale. Les pratiques en cause apparaissent dès lors de ce fait, selon cette analyse, moins celles des seuls gestionnaires proprement dits que celles de l'ensemble des acteurs, ce qui en alourdit singulièrement le poids, de telle sorte que « *le statut n'appartient finalement pas plus aux gouvernants, relativement impuissants à le mettre au service de leur volonté de modernisation, qu'aux agents, traités de manière impersonnelle et uniforme, passés au crible de la construction égalitaire voulue, en leur nom, par les organisations syndicales* » ⁸⁰.

Il n'est pas sûr toutefois que cette analyse, quelle que soit la part de vérité qu'elle comporte, puisse à elle seule expliquer les pratiques relevées. Une explication plus systémique peut être également avancée. Dans le système français de gestion de la fonction publique, les mesures générales applicables aux agents et les plus importantes décisions individuelles touchant à la carrière relèvent le plus souvent des services centraux de gestion de personnel, qui n'ont pas la charge du bon fonctionnement des services, tout en étant également responsables de la conduite du dialogue social dans l'administration ; ils ont donc un intérêt objectif, pour assurer la paix sociale, à ne pas soulever de difficultés, au travers des actes qu'ils sont amenés à prendre. De leur côté, les chefs de service opérationnels, chargés de faire fonctionner le service public, n'ont qu'un poids indirect et souvent faible sur la carrière des agents placés sous leur autorité, en positif ou en négatif (ils peuvent ainsi avoir des doutes sur l'aboutissement d'une procédure disciplinaire qu'ils auront engagée). Toute tentative de leur part de reprise en main se trouve de ce fait plus ou moins compromise et leur stratégie pour mobiliser les agents se ramène bien vite à gagner leur bonne volonté, ce qui peut expliquer un certain laxisme en matière d'absentéisme ou de congés. Dans une telle analyse, tout redressement dans les pratiques de gestion suppose un autre système de gestion, et notamment la mise en œuvre du principe selon lequel la gestion des agents doit incomber à ceux qui sont responsables du fonctionnement opérationnel du service où ils sont affectés.

79 - Décret n° 2000-143 du 21 février 2000 modifiant le décret n° 55-1226 du 19 septembre 1955.

80 - Jacques Caillosse et Jacques Hardy, ouvrage précité.



C'est assez dire qu'un véritable changement ne saurait consister seulement à en revenir à ce que l'on appelle les fondamentaux du statut, dont la meilleure expression serait à rechercher dans le statut de 1946, et donc à simplement réaffirmer, dans les différents domaines qui viennent d'être évoqués, les prérogatives de la puissance publique. Certes, un tel rappel est certainement nécessaire et utile, comme il est utile d'apporter une plus grande attention à la fonction même de gestion des ressources humaines et à la constitution d'équipes de gestionnaires des ressources humaines pleinement compétentes et motivées ; car gérer les ressources humaines et conduire le changement dans ce domaine, impliquent un haut niveau à la fois de qualification et d'expérience. Il reste toutefois à se donner les moyens de ce redressement des pratiques de gestion et de cette réaffirmation des prérogatives de puissance publique. Et ces moyens paraissent devoir être recherchés dans des éléments de caractère plus statutaire.

1.2.2.2. Les raisons d'ordre statutaire et organisationnel

Si le statut n'interdit pas, comme il vient d'être indiqué, les formes de gestion vertueuse, il n'empêche pas non plus les autres, et on peut se demander au contraire s'il ne les engendre pas peu ou prou. Il serait au demeurant largement illusoire de penser que l'on puisse modifier des habitudes de gestion nées dans un certain cadre juridique sans toucher à celui-ci. Certes, en aucun cas, il ne saurait être question de revenir sur les objectifs inhérents à l'idée de statut, qui est de donner un « état » aux fonctionnaires en les protégeant contre toutes formes d'arbitraire et en définissant leurs obligations et leurs droits. En revanche, il y a lieu de dresser un bilan objectif des inconvénients et des coûts que comportent trois caractéristiques du statut : un dispositif réglementaire pesant, une organisation du pouvoir de gestion diluant les responsabilités, une répartition des agents en corps cloisonnés et trop nombreux, pour mettre en lumière leur inadaptation aux réalités actuelles de la fonction publique.

Un dispositif réglementaire pesant

En 1954 déjà, on a pu écrire : « *Le cadre juridique où s'inscrit la vie professionnelle des agents a pris une rigidité extrême [...]* » ou encore « *on en est à considérer qu'il n'y a pas de garanties là où les moindres accidents de carrière ne sont pas prévus et les moindres initiatives de l'administration limitées par des textes formels [...]* »⁸¹. Depuis cette date, cet encadrement n'a fait que s'accroître et devenir plus complexe, au travers de tous les textes transversaux applicables à l'ensemble des agents, et ils sont nombreux, mais également du millier de décrets portant statuts particuliers des différents corps, qui multiplient les spécificités à prendre en compte.

81 - Roger Grégoire, « *La Fonction publique* », ouvrage précité, p. 71 et 84. L'auteur ajoute encore : « *En droit, l'État est maître des règles applicables à la fonction publique. En fait, ces règles sont conçues de manière à orienter et à restreindre les pouvoirs de l'Administration [...]* » ; s'agissant des statuts particuliers, il relève : « *La tendance générale est d'insérer dans les statuts des règles aussi complètes et précises que possible [...]. Les intéressés sont garantis non seulement contre l'arbitraire, mais même contre l'imprévu [...]. Les chefs de service partagent trop souvent les préoccupations des personnels : ils préfèrent être liés par un texte plutôt que d'avoir à choisir* ».



Il en résulte un véritable lacs de textes, de normes, de contraintes et de procédures qui constituent autant de freins à la liberté de manœuvre des gestionnaires et à leur liberté d'initiative et font que les agents bénéficient d'une carrière toute tracée et garantie, sans qu'ils n'aient besoin d'y mettre du leur. Les innovations et expérimentations n'ont évidemment pas leur place dans un tel ensemble ; elles ne font pas partie de la culture statutaire.

Il est au demeurant bien difficile de faire évoluer une telle masse de règles, car la moindre mesure de portée un peu large appelle la refonte d'une multitude de décrets.

Pour juger de cette pesanteur réglementaire, il suffit de se référer au luxe de détail des règles imposées en matière de recrutement ; de reclassement des candidats reçus dans les corps (les distinctions et sous-distinctions sont telles que l'on se demande ce qui peut justifier pareilles finasseries ; les règles de la libre circulation en Europe vont d'ailleurs les rendre caduques ; on s'apercevra peut-être alors que l'on aurait pu en faire l'économie beaucoup plus tôt)⁸² ; de notation et de mutation, avec les circulaires fleuve qui accompagnent chaque année le processus⁸³ ; d'avancement, avec la multiplicité des ratios et autres critères.

Le comble de la complexité est certainement atteint avec les primes et indemnités, qui dans la plupart des administrations, se sont ajoutées les unes aux autres au fil des temps, par strates successives, leur champ s'étendant régulièrement d'une catégorie à l'autre et leur objet se recouvrant, au point que les mêmes sujétions peuvent être indemnisées sous plusieurs formes. Les difficultés d'application sont telles que, même lorsqu'il s'agit d'indemnités liées au temps de travail, les gestionnaires finissent par devoir les proratiser, voire à

82 - On peut se reporter à titre d'illustration sur ce point aux articles 13 à 20 du décret n° 95-888 du 7 août 1995 relatif au statut des attachés d'administration centrale, qui disposent, par exemple, s'agissant du reclassement des agents non titulaires ayant été reçus au concours interne d'attaché : « art. 17 : *Les agents non titulaires sont classés dans le grade d'attaché à un échelon qui est déterminé en prenant en compte, sur la base des durées moyennes fixées à l'article 24 pour chaque avancement d'échelon, une fraction de leur ancienneté de service dans les conditions suivantes : /les services accomplis dans un emploi du niveau de la catégorie A sont retenus à raison de la moitié de leur durée jusqu'à 12 ans et des trois quarts au-delà de 12 ans ; /les services accomplis dans un emploi du niveau de la catégorie B ne sont pas retenus en ce qui concerne les 7 premières années ; ils sont pris en compte à raison de 6/16 pour la fraction comprise entre 7 ans et 16 ans et de 9/16 pour l'ancienneté excédant 16 ans ; /les services accomplis dans un emploi du niveau des catégories C ou D sont retenus à raison de 6/16 de leur durée excédant 10 ans. / Des agents non titulaires qui ont occupé antérieurement les emplois d'un niveau inférieur à celui qu'ils occupent au moment de leur nomination peuvent demander que la totalité de leur ancienneté de service soit prise en compte dans les conditions fixées ci-dessus pour les emplois du niveau inférieur. /Les dispositions qui précèdent ne peuvent avoir pour conséquence de placer les intéressés dans une situation plus favorable que celle qui résulterait d'un classement à un échelon comportant un traitement égal ou, à défaut, immédiatement supérieur à celui perçu dans l'ancien emploi avec conservation de l'ancienneté d'échelon dans les conditions définies aux deuxième et troisième alinéas de l'article 14 ci-dessus. »*

83 - Dans un rapport sur le « mouvement des enseignants du second degré » de 1998, l'Inspection générale de l'administration de l'éducation nationale note « l'alourdissement et la sophistication croissante des procédures », qu'elle illustre par le nombre de pages du BO (37 en 1992, 50 en 1996 et 6 annexes informatives).



accorder le taux majoré à tout le monde ⁸⁴. Prétendre dans ce cas moduler de telles primes en fonction de la manière de servir reviendrait à résoudre la quadrature du cercle.

Il faut évoquer aussi la lourdeur et la complexité du régime de consultation des organismes paritaires, dont l'intervention s'impose de plus en plus systématiquement. Si deux ou plusieurs départements ministériels sont concernés par un projet de décret relatif au statut d'un corps donné, même si ce corps n'est géré que par un seul ministère, le CTP ministériel des autres ministères doit être également consulté ; ainsi pour le corps des inspecteurs du travail, géré par le ministre chargé du travail, mais dont les membres peuvent être affectés au ministère chargé de l'agriculture ou au ministère chargé des transports ⁸⁵. Si la disposition soumise au CTP complète ou modifie des dispositions contenues dans des textes portant statut particulier d'un ou plusieurs corps, le CTP compétent doit procéder à l'audition de deux représentants du personnel de la CAP du corps concerné et, si plusieurs corps sont concernés, de deux représentants de chacun des corps concernés. Si le texte comporte une disposition dérogatoire aux règles prévues par le statut général ou commune à plusieurs corps, il faut y ajouter, ou y substituer, pour cette partie du texte, une consultation du conseil supérieur de la fonction publique de l'État, et dans ce cas, soit la consultation de la commission des statuts suffit, soit il faut consulter l'assemblée plénière.

Il en résulte dans de nombreux cas des hésitations sur la procédure consultative à suivre, le Conseil d'État ayant été amené, de son côté, à plusieurs reprises, à refuser d'examiner un texte ou à l'annuler, faute de la consultation nécessaire en droit ⁸⁶, ou encore à devoir expliciter précisément la conduite à tenir par l'administration devant tel ou tel type de textes, par exemple en cas d'élaboration d'un statut d'emplois ou d'un statut de fonctions ⁸⁷. Il faut ajouter que l'organisme dont une disposition législative ou réglementaire prévoit la consultation avant l'intervention d'une décision doit être mis à

84 - Voir sur ce point les rapports spéciaux de la Cour des comptes, notamment pour ce qui est des primes des personnels de l'administration pénitentiaire et des personnels de la police ; s'agissant de ces derniers, la liste des primes et indemnités est effectivement impressionnante : indemnités pour postes difficiles, indemnités pour sujétions exceptionnelles, indemnités de fidélisation, primes pour services continus, indemnités horaires de nuit, majoration pour travail intensif de nuit...

85 - CE, 11 janvier 2002, Union nationale des affaires sociales CGT et autres, n° 225 592.

86 - CE, 27 mars 1992, Fédération CFDT de la protection sociale, du travail, de l'emploi et Syndicat Intercor CFDT, n° 63 535, annulant une circulaire définissant les critères de répartition d'une indemnité supplémentaire pour sujétions particulières, faute d'une consultation du CTP ; CE, 25 avril 1986, Association des professeurs d'université dans les disciplines juridiques, économiques, politiques et de gestion, n° 54 407 à propos de la consultation du conseil supérieur de la fonction publique de l'État sur un projet de texte relatif aux obligations de service des enseignants de plusieurs corps de fonctionnaires.

87 - « Si les statuts d'emplois doivent être soumis à l'avis du comité technique paritaire ministériel, comme s'il s'agissait d'un statut de corps relevant d'un ministère, les statuts de fonctions doivent être soumis à la procédure consultative prévue par les textes intéressant les statuts de plusieurs corps. Cette procédure prévoit soit la consultation de la commission des statuts du conseil supérieur de la fonction publique, soit, si les différents corps concernés relèvent d'un même ministère, du comité technique paritaire ministériel, étant précisé que, dans ce dernier cas, la procédure n'est régulière comme l'a jugé la Section du contentieux, que si le comité technique paritaire recueille l'avis des représentants des commissions administratives paritaires des corps concernés. » CE, coll. « Études et documents », 1987, p. 142.



même d'exprimer son avis sur l'ensemble des questions soulevées par cette décision. Dans le cas où, après avoir recueilli son avis, l'autorité administrative envisage d'apporter à son projet des modifications d'une certaine importance, elle doit le consulter à nouveau⁸⁸. Encore convient-il de noter que, conscient des difficultés susceptibles d'être posées par une conception trop étroite de cette exigence, le Conseil d'État n'impose cette nouvelle consultation que si la modification soulève véritablement une question nouvelle⁸⁹.

Une organisation centralisée du pouvoir de gestion diluant les responsabilités

La logique voudrait, s'agissant de l'État, que les responsables opérationnels des services, en premier lieu les chefs de services déconcentrés, aient la pleine gestion du plus grand nombre de leurs agents, les ministres ayant la responsabilité de la répartition territoriale de leurs moyens et de la définition de la politique du personnel qu'ils entendent voir appliquer dans leur département ministériel, tandis que relèverait de l'échelon interministériel uniquement ce qui touche à la cohérence d'ensemble de la politique générale de la fonction publique.

Or c'est presque un schéma inverse qui existe, tant le système repose sur son sommet.

Un premier constat est que le pouvoir de gestion dont disposent les chefs de service est étroitement cantonné, car il dépend de la déconcentration de pouvoirs à leur profit effectuée par les différents ministres, corps par corps, et pour chaque corps, par grande catégorie d'actes de gestion. Cette déconcentration est, de fait, très inégale d'une administration à l'autre et d'un corps à l'autre, et, d'une façon générale, elle est très limitée ; la gestion des agents publics reste une gestion centralisée. Aux extrêmes, il y a, d'un côté, quelques corps où la quasi-totalité des actes de gestion est déconcentrée, comme les corps administratifs de catégorie B et C, et les corps techniques et ouvriers de l'éducation nationale, ou les corps de professeurs des écoles et professeurs certifiés (à l'exception, importante, pour ces derniers, des recrutements qui restent nationaux), avec cette nuance que la déconcentration s'arrête à la porte des rectorats et que les chefs d'établissement n'ont qu'une autorité limitée sur leurs personnels. Il y a de l'autre côté, les corps où la déconcentration se limite aux actes de gestion les plus banals (congés annuels, congés maladie, autorisations d'absence...), par exclusion de tous les actes comportant une consultation de la CAP. C'est le cas d'un très grand nombre de corps, en particulier de tous

88 - CE, 23 février 1990, Association des membres de l'inspection générale des affaires sociales et autres et Association générale des administrateurs civils, p. 45.

89 - CE, Assemblée, 23 octobre 1998, Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilées (UFFA-CFDT), p. 360 ; *Cahiers de la fonction publique*, n° 174, p. 13, concl. Savoie.



ceux pour lesquels aucune CAP locale n'a été constituée⁹⁰ (corps à faibles effectifs et la plupart des corps de catégories A et B). Cela signifie que dans de tels cas, même, par exemple, une mutation à l'intérieur d'une même circonscription, si elle implique changement de résidence, nécessite une remontée de la décision au niveau central et la consultation de la CAP nationale, et il en est de même en cas de contestation de la notation ou du refus d'un temps partiel.

Cette situation peut aussi se rencontrer dans des corps à forts effectifs comme la police (plus de 130 000 agents) où le principe de la déconcentration et de la création de CAP locales a été certes expressément prévu par un décret n° 95-1197 du 6 novembre 1995 portant déconcentration en matière de gestion du personnel pour les personnels actifs et les personnels administratifs, techniques et scientifiques, mais où des CAP locales n'ont vu le jour qu'en catégorie C, la délégation donnée par le décret aux gestionnaires locaux étant d'ailleurs limitée, au point que la décision de mutation d'un gardien de la paix d'une ville à une autre, dans une même zone de gestion, doit remonter à l'échelon central. Dans l'administration pénitentiaire, des CAP régionales⁹¹ ont été créées pour les surveillants et gradés, à compétences d'ailleurs très modestes⁹², mais localement les chefs d'établissement ne sont même pas compétents pour prononcer un simple blâme ou un avertissement à l'encontre de l'un de leurs agents. À l'éducation nationale, les procédures de publication de vacances de postes, de recrutement et de nomination des 18 000 professeurs et des 30 000 maîtres de conférence de l'enseignement supérieur sont centralisées rue de Grenelle.

Dans les corps à effectifs réduits, le faible niveau de déconcentration est directement impliqué par cette situation, soit qu'il n'ait pas paru possible de créer des CAP locales, soit que celles-ci voient leur compétence limitée aux actes ne comportant pas appréciation comparative des mérites des agents, conformément à la prise de position du Conseil d'État⁹³, selon lequel une telle appréciation, à l'échelon déconcentré, ne peut intervenir que si les effectifs du corps atteignent au moins 50 agents à cet échelon. Pour compenser les inconvénients de cette règle, le Conseil d'État a certes, tant dans l'avis précité que dans un

90 - L'absence de CAP locale conduit ipso facto la remontée au niveau central de tous les actes qui ne peuvent être pris sans avis de la CAP, soit, si on se réfère au décret n° 82-451 du 28 mai 1982 relatif aux CAP, une liste très longue d'actes : titularisation et refus de titularisation, établissement de la liste d'aptitude pour la promotion de corps, avancement de grade, péréquation des notes, réduction ou majoration d'ancienneté pour l'avancement d'échelon, la plupart des décisions de détachement, refus de congé pour formation syndicale, mise en disponibilité, établissement des tableaux de mutations, mutations comportant changement de résidence ou modification de la situation de l'intéressé, acceptation de démission, décisions statuant sur certaines demandes de réintégration, refus de congé de fin d'activité, décisions de nature disciplinaire et, sur demande de l'intéressé, notation, refus d'acceptation de la démission, refus d'autorisation d'accomplir un service à temps partiel, refus d'autorisation d'absence pour suivre une action de préparation à un concours administratif ou une action de formation continue, refus de congé de fin d'activité. Ceci n'est pas, dans tous les cas, illégitime, mais est très lourd.

91 - Au sens de régions pénitentiaires, ce qui fait 9 CAP régionales.

92 - Ainsi en matière disciplinaire, seules les sanctions du 1^{er} groupe sont déconcentrées.

93 - CE, avis du 7 juin 1990, Rapport public 1990, p. 223, la Documentation française : « *il ne serait pas souhaitable de déconcentrer les actes impliquant une appréciation des mérites respectifs des agents d'un même corps lorsque l'effectif de ce corps au niveau local est inférieur à cinquante agents* ».



avis du 30 mai 1996⁹⁴, indiqué les pistes susceptibles d'être retenues pour assurer une certaine déconcentration, par exemple par dissociation du niveau de décision et du niveau de consultation de la CAP et par une différenciation des niveaux de consultation. Il n'en reste pas moins que la multiplication des corps constitue l'obstacle majeur à la déconcentration de la gestion de l'administration, même si d'autres règles statutaires y contribuent, comme l'exigence de la signature de plusieurs ministres pour l'ouverture des concours, ou pour certains types de détachement ou de mise en position hors cadres.

Il convient de conclure de tout cela que, sauf exception, les gestionnaires de proximité n'ont pas le pouvoir de maîtriser la gestion de leurs ressources humaines.

Le deuxième constat est que le pouvoir des ministres de déterminer une politique de gestion de leurs personnels est lui-même très étroitement circonscrit. Ce pouvoir se heurte en effet au pouvoir réglementaire de droit commun conféré par l'article 21 de la Constitution au Premier ministre et au fait que le statut général renvoie essentiellement, pour déterminer ses modalités d'application, à des décrets en Conseil d'État, notamment pour les statuts particuliers des corps. Fait donc figure d'exception l'article 19 de la loi du 11 janvier 1984, dans sa rédaction résultant de la loi du 3 janvier 2001, qui reconnaît expressément la compétence des ministres en matière d'organisation des concours et ouvre la possibilité de délégation de cette compétence au préfet. Par ailleurs, selon la règle générale, le Gouvernement ne peut ni méconnaître la compétence qu'il tient de la Constitution ni subdéléguer une compétence qu'il tient de la loi⁹⁵.

Ainsi la compétence traditionnelle du ministre fondée sur son pouvoir hiérarchique de chef de service n'est susceptible de jouer que pour autant que les dispositions à prendre ne présentent pas un caractère statutaire. Or la notion de mesure à caractère statutaire est conçue de façon extensive par le juge administratif. Relèvent ainsi du décret en Conseil d'État toutes les mesures relatives à la carrière des fonctionnaires et aux garanties qui leur sont accordées à ce titre (recrutement⁹⁶, notation⁹⁷, avancement⁹⁸), ainsi que les mesures relatives à l'affectation aux emplois⁹⁹, à la fixation des obligations de service¹⁰⁰, aux différentes positions¹⁰¹, à l'exercice du pouvoir disciplinaire¹⁰².

Par voie de conséquence, et pour prendre des exemples tirés de la jurisprudence récente, un ministre ne peut, sans réserver la possibilité d'examen des situations particulières, déterminer la durée minimum d'affectation des agents

94 - Publié au rapport public 1996, p. 281, la Documentation française.

95 - CE, Ass., 13 juillet 1968, Moreau, p. 41.

96 - CE, Section, 11 juillet 1975, de Gabrielli, Yarmola et Bonna, p. 79.

97 - CE, Section, 16 novembre 1983, Zieger, p. 455.

98 - CE, 23 juillet 1974, Syndicat national FO des ouvriers administratifs de la défense nationale, T. p. 815.

99 - CE, 4 octobre 1991, Leduc, p. 659.

100 - CE, 23 juillet 1974, Syndicat national des collègues, p. 433.

101 - CE, Section, 24 mai 1974, Syndicat national des personnels des ministères de l'équipement et du logement et des transports, p. 305.

102 - CE, 12 décembre 1969, André, p. 575.



nommés dans un poste à profil¹⁰³, contraindre un agent qui demande une mutation à s'engager par avance à accepter une mutation ne correspondant pas aux vœux qu'il est invité à formuler¹⁰⁴, ou interdire toute prise en compte des vœux exprimés par des agents moins de deux ans avant leur retraite ou moins de deux ans après avoir refusé une proposition de mutation correspondant à leurs vœux¹⁰⁵.

L'échelonnement indiciaire d'un corps étant déterminé par arrêté conjoint du ministre gestionnaire et du ministre chargé des finances, et le régime indemnitaire d'un corps étant, au moins dans ses principes, fixé par décret, la compétence juridique du ministre gestionnaire se limite, pour l'essentiel, à la mise en œuvre du régime des rémunérations accessoires¹⁰⁶ (par exemple la fixation du pourcentage des agents susceptibles de bénéficier des différents taux d'une prime¹⁰⁷) et aux dispositions ponctuelles nécessaires à l'application de la réglementation : détermination des limites géographiques de la résidence administrative¹⁰⁸, définition des exigences de formation préalable à une affectation dans des fonctions déterminées, par exemple de conducteur ambulancier désirent être affecté dans un service d'urgence et de réanimation¹⁰⁹.

C'est assez dire l'étroitesse du pouvoir des ministres de définir une politique de gestion de leur personnel au plan juridique. Déjà en 1977, la question avait été posée dans un article remarqué : « *les ministres peuvent-ils avoir une politique du personnel ?* »¹¹⁰. Du moins, doit-on noter, au cours des toutes dernières années, une évolution certaine de la jurisprudence du Conseil d'État ouvrant de réelles perspectives aux ministres. Il a été admis que lorsqu'une orientation de politique de gestion est définie par un ministre, elle ne doit pas être regardée comme ayant un caractère statutaire, et donc comme incompetentement édictée, dès lors qu'elle prévoit expressément des exceptions ponctuelles fondées sur une appréciation au cas par cas des situations en cause¹¹¹. Il a également été fait une lecture moins stricte de ce qui doit être regardé comme statutaire, dans une hypothèse de modification de la répartition des compétences entre autorités administratives ayant des incidences sur la compétence des instances consultatives¹¹².

Un troisième constat est que le gouvernement a des difficultés à assumer ses propres responsabilités en matière de fonction publique. Cela peut tenir au champ des mesures à prendre, tellement large qu'il est difficile d'en maîtriser toutes les données, comme on l'a indiqué à propos de la politique

103 - CE, 23 février 2000, Fédération justice CFDT.

104 - CE, 19 mars 2001, Société des Agrégés de l'Université, n° 204 347.

105 - CE, 16 juin 2000, M. Simon Roth, n° 143 038.

106 - CE, Section, 24 avril 1964, Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires.

107 - CE, 22 mars 1995, Syndicat du ministère et des services centraux des P. et T.

108 - CE, 4 avril 2001, Delpech et autres, n° 163 087.

109 - CE, 29 octobre 2001, Association nationale française des infirmiers et infirmières diplômés ou étudiants, n° 210 557.

110 - Jean Massot, « Les ministres peuvent-ils avoir une politique du personnel ? », *AJDA*, décembre 1977, p. 603.

111 - CE, 16 juin 2000 Roth, précité.

112 - CE, Ass., 27 octobre 2000, Syndicat national des enseignants du second degré (SNES), p. 463.



salariale et comme cela pourrait être dit de nombreuses autres politiques interministérielles. Cela peut être dû aussi à la lourdeur même du processus de décision impliquant l'échelon interministériel. On ne modifie pas un décret statutaire, s'il est applicable à des centaines de milliers d'agents, ou même s'il n'est applicable qu'à un petit nombre, mais est susceptible de servir de référence à un plus grand nombre, sans que tout soit pesé au trébuchet et arbitré à Matignon, car il faut tenir compte de la multiplicité des situations mises en cause. Du coup, on se rapproche du plus petit commun dénominateur.

Deux exemples de cet état de fait peuvent être donnés, celui de la modification des règles de la notation dans la fonction publique de l'État fixées par le décret du 5 février 1959 devenues rapidement obsolètes, qui n'a pu être opérée que par le décret du 29 avril 2002 après retrait d'une première version de l'ordre du jour du conseil supérieur de la fonction publique de l'État en 1990, et celui du décret sur les cumuls d'emplois et de rémunérations dans la fonction publique, pratiquement inchangé depuis 1936, devenu largement archaïque, et pourtant toujours en instance de refonte, malgré un rapport établi sur le sujet par le Conseil d'État à la demande du gouvernement en 1998¹¹³ et proposant une nouvelle rédaction du texte.

Une structuration de la gestion des fonctionnaires en corps cloisonnés et trop nombreux

Les corps, tous dotés de statuts particuliers définis par décret en Conseil d'État et d'une CAP, sont au cœur de la gestion de la fonction publique ; ils en constituent l'ossature mentale et technique ; tous les fonctionnaires sont regroupés par corps et gérer des fonctionnaires, c'est d'abord gérer des corps. Il y a là une spécificité française ; la France est en effet le seul grand pays à avoir une telle structuration de la gestion de sa fonction publique. L'Espagne a certes construit son système de fonction publique sur des bases identiques à celui de la France, mais elle a fortement atténué le rôle des corps, par une réforme intervenue dès 1984, qui sera présentée plus loin. Quant à la Grande-Bretagne, elle a mis fin au système des classes (il y en a eu jusqu'à 1 400), proche, dans ses effets, de celui des corps, à la suite du rapport Fulton¹¹⁴ et ne relève plus guère aujourd'hui d'un système de carrière.

Cette notion de corps est difficile à définir ; le statut actuel se borne à indiquer, pour la fonction publique de l'État, comme pour la fonction publique hospitalière, que « *Les fonctionnaires appartiennent à des corps qui comprennent un ou plusieurs grades [...]. Les corps groupent les fonctionnaires soumis*

113 - *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, coll. « Les études du Conseil d'État », la Documentation française, décembre 1999.

114 - *Civil service, Rapport Fulton sur la réforme de la fonction publique en Grande-Bretagne*, « Notes et études documentaires », n° 3545, la Documentation française, décembre 1968. Selon le système des classes, chaque fonctionnaire était recruté dans une classe spécifique, suivant le genre de travail auquel il postulait et de son type de formation. Son appartenance à sa classe déterminait ses perspectives, la plupart des classes ayant leur propre structure hiérarchique ; elle déterminait aussi l'éventail des postes auxquels il pouvait être employé ; bien qu'il ait été prévu une possibilité de passer d'une classe à l'autre, les processus étaient rigides et restrictifs. « *Les fonctionnaires*, dit le rapport Fulton, *ne pensent pas normalement en termes de carrière dans l'administration : ils poursuivent une carrière dans une classe.* »



au même statut particulier et ayant vocation aux mêmes grades¹¹⁵ » et le statut de la fonction publique territoriale reprend pratiquement la même formulation : « *Les fonctionnaires territoriaux appartiennent à des cadres d'emplois régis par des statuts particuliers [...]. Un cadre d'emplois regroupe les fonctionnaires soumis à un même statut particulier, titulaires d'un grade leur donnant vocation à occuper un ensemble d'emplois.* » On ne peut être plus elliptique.

L'histoire invite à rapprocher le concept de corps de l'organisation professionnelle et sociale de l'Ancien Régime fondée sur les corporations de métiers. Le rapprochement n'est pas que sémantique et l'on peut regarder les corps comme « *la trace laissée dans notre société par l'ordre social des corporations* »¹¹⁶. On trouve en effet dans les corporations les caractéristiques essentielles des futurs corps de fonctionnaires : une profession organisée, dotée d'une position stable garantie par l'État, gouvernée par des règles, dont les membres sont recrutés selon des modalités connues et qui développent un fort sentiment d'identité collective. Les premiers corps de l'État apparaissent en tout cas sous l'Ancien Régime ; dès 1716, un arrêt que l'on peut regarder comme la première ébauche d'un statut de corps, détermine les règles applicables aux ingénieurs ordinaires des ponts et chaussées, que l'on désigne dès cette date sous l'expression de « corps des ponts et chaussées ». Le corps des Mines remonte, lui, à 1744. Ces deux corps seront dotés d'un statut plus complet, précisant leurs conditions de recrutement et d'avancement, sous l'Empire, par décret du 18 novembre 1810. Le Conseil du Roi n'est pas qualifié expressément de corps, mais les maîtres des requêtes et les conseillers d'État qui en forment l'ossature, constituent en réalité un corps de hauts fonctionnaires de l'État, et le Conseil d'État sera, sous l'Empire, organisé en corps doté d'un statut, tout comme la Cour des comptes.

La diffusion du modèle corporatiste ne sera toutefois que très lente, et jusqu'au statut de 1946, ne concernera, comme le relève le Commissaire du Gouvernement, dans ses conclusions sous l'arrêt « *Sieur Delmas et autres* » du 30 juin 1950¹¹⁷, que « *certaines catégories de fonctionnaires qui jouissent d'une situation exceptionnelle, d'un régime disciplinaire extraordinaire ou remplissent des fonctions d'une importance et d'un caractère particuliers* ». Et il cite, outre les corps déjà mentionnés, le corps diplomatique, le corps préfectoral... Il note d'ailleurs à cette époque que, si la notion a trouvé place dans quelques arrêts du Conseil d'État, elle n'a cependant alors aucune portée juridique et n'est utilisée qu'avec prudence.

Dans les décrets d'organisation des différentes administrations pris à partir de 1883 et rappelés en introduction, il n'est fait mention d'aucun regroupement des emplois par corps ou grade. Ces textes se bornent à faire apparaître la structure des emplois de l'administration : directeurs généraux ou directeurs,

115 - Sur cette notion de corps, voir CE, Ass., 28 juin 1991, Syndicat national des lycées et collèges Force ouvrière, Syndicat national des enseignements techniques et professionnels, p. 264.

116 - Marie-Christine Kessler, *Les grands corps de l'État*, Presse de la Fondation nationale des sciences politiques, 1986, p. 9 ; « Les grands corps à l'horizon 2000 », *Revue administrative*, n° 301, p. 1220.

117 - CE, 30 juin 1950, *Sieur Delmas et autres*, p. 404 ; concl. Delvové.



administrateurs, ingénieurs ou inspecteurs, chefs de division ou de service, sous-directeurs, chefs de bureau et sous-chefs de bureau, avec au moins pour ces derniers emplois une répartition en classes ou grades.

Le statut général de 1946 ne mentionne pas non plus la notion de corps ; il emploie seulement celle de cadre, sans la définir, indiquant par exemple à l'article 1^{er} que « *les fonctionnaires sont titularisés dans un grade de la hiérarchie des cadres d'une administration [...]* », même si à l'article 25, on voit poindre une conception du cadre proche des corps actuels : « *L'ensemble des emplois qui sont réservés, par les textes qui en réglementent l'accès, à des agents soumis aux mêmes conditions de recrutement et de carrière constituent un cadre dans la catégorie considérée du département ministériel intéressé.* » Le statut ne prévoit toutefois aucunement des décrets statutaires par cadre ; il a une vision a priori plus large de ces décrets statutaires en disposant à l'article 2 : « *Des règlements en forme d'administration publique portant statuts particuliers, préciseront pour le personnel de chaque administration ou service [...] les modalités d'application de la présente loi.* » De même, il n'est pas prévu de CAP par cadre ; l'article 20 du statut dispose que « *dans chaque administration ou service, le ministre intéressé institue par arrêté [...] une ou plusieurs CAP* ». Et un commentateur éclairé du statut de 1946 a pu s'interroger ¹¹⁸ sur le « *ressort de ces commissions* ».

Les choses vont cependant se figer très vite, avec un statut particulier et une CAP par corps, à partir des débuts de la IV^e République, et les corps vont se multiplier, selon une logique de cloisonnement, sous l'effet de deux intérêts convergents : celui des agents qui poussent à la création de véritables filières de corps liés entre eux, permettant, grâce au passage garanti de l'un à l'autre, de dérouler toute la hiérarchie de la filière, et celui des administrations qui trouvent dans la mise en place de corps qui leur soient propres des moyens d'affirmer leur pouvoir et leur autonomie. Dans de nombreuses administrations, ce schéma se reproduit grande direction par grande direction, avec au surplus le plus souvent distinction entre une filière pour les administrations centrales et une filière pour les services déconcentrés.

Aujourd'hui encore cette pesanteur demeure, les approches plus interministérielles ayant en effet montré leurs limites, qu'il s'agisse des corps interministériels dont la gestion interministérielle se heurte à des forces centrifuges fortes, des corps à vocation interministérielle, dont la gestion, confiée à un seul ministère chef de file, est toujours regardée comme défavorable aux agents affectés dans d'autres ministères, ou des corps à statut commun qui n'évitent pas les cloisonnements.

On a pu en 1996 ¹¹⁹ estimer le nombre de corps entre 1 500 et 1 700 pour l'État, dont environ 900 corps « vivants » (c'est-à-dire où il existe des recrutements), 190 en voie d'extinction, qui ne recrutent plus, mais ne doivent pour autant pas être oubliés dans les opérations transversales de revalorisation catégorielle, 300 statuts d'emplois ou emplois et 300 corps d'établissements publics, dont la plus grande partie ont été créés dans les établissements publics

118 - François Gazier, rec. Dalloz 1947, p. 177.

119 - Source : *Réflexions préparatoires à la réforme de l'État*, 1996.



scientifiques et techniques (EPST) à la suite de la titularisation des personnels de recherche par la loi du 17 juillet 1982.

Les effectifs en sont très variables : à côté des quatre corps qui comptent 100 000 fonctionnaires ou plus chacun ¹²⁰ et représentent à eux seuls environ le tiers du total des emplois budgétaires de fonctionnaires civils de l'État, et d'un ensemble d'une cinquantaine d'autres corps à effectifs substantiels (de 10 000 ou près de 10 000 agents à 100 000) qui regroupent plus de 40 % des effectifs, on trouve une multitude de corps, en fait la quasi-totalité de l'ensemble des corps, qui représentent individuellement moins de 1 % de l'effectif total des fonctionnaires.

Parmi tous ces corps, certains regroupent des fonctionnaires exerçant des fonctions identiques et soumis à des règles statutaires absolument similaires, mais appartenant néanmoins à des corps distincts : c'est le cas, par exemple des secrétaires administratifs éclatés en 16 corps ou des différentes catégories d'ouvriers répartis en 17 autres corps. Des centaines de corps ne regroupent que quelques membres, dans une énumération à la Prévert tout empreinte de poésie administrative : au hasard, 68 syndicats des gens de mer, 48 ouvriers du service des alcools, 42 magasiniers des archives de la Cour des comptes, 36 chargées d'éducation de la Légion d'honneur, 24 secrétaires des systèmes d'information et de communication (autrefois chiffreurs), 9 maîtres graveurs aux Monnaies et médailles, 2 protes et 2 sous-protes de l'Imprimerie nationale...

Cette organisation en corps comporte un certain nombre d'avantages, au moins pour les agents ; elle constitue pour eux un cadre de référence stable, leur permet de se situer et de connaître leurs perspectives de carrière. Elle est source de multiples garanties, d'autant, comme il a été indiqué, que chaque corps est doté d'une CAP, laquelle se pose en gardienne vigilante des intérêts des agents. Les fonctionnaires sont dès lors très attachés à ces corps, même si ceux-ci peuvent signifier moins de mobilité ou moins de possibilités d'évolution rapide de carrière.

Du côté des services, l'organisation en corps, au moins pour les corps nombreux, peut constituer un cadre pratique de gestion ; les dispositions statutaires des corps déterminent en effet les principaux actes de gestion à prendre et les conditions selon lesquelles ils doivent être pris. Il en résulte pour le gestionnaire une certaine quiétude ; la gestion administrative et égalitaire n'a pas de ce point de vue que des inconvénients. Au surplus la visibilité des règles facilite le recrutement.

120 - 240 000 pour les professeurs certifiés, 235 000 pour les professeurs des écoles, 100 000 pour les instituteurs, 98 000 pour les agents de maîtrise et d'application de la police nationale (gardiens de la paix et brigadiers et brigadiers major de police) ; les chiffres correspondent aux emplois budgétaires de fonctionnaires civils de l'État en 2002, source DGAFP.



Cependant, l'organisation en corps présente une série d'inconvénients sérieux ¹²¹ :

• En premier lieu elle rigidifie et éparpille la gestion des fonctionnaires en la soumettant à autant de régimes et de procédures qu'il y a de corps. La mise en œuvre d'une gestion globale, par service, des ressources humaines dont dispose le service s'en trouve freinée et faussée ; cette gestion globale transite en effet inévitablement par la gestion des différents corps représentés dans le service, et ils peuvent être nombreux : 23 corps pour la seule direction de la Protection judiciaire de la jeunesse, qui compte 7 000 agents ; 15 corps pour 25000 agents à l'administration pénitentiaire ; une quarantaine de corps pour 18 000 agents, au ministère de la culture ; 18 corps pour les 28 000 agents des préfectures ; chaque greffe d'un tribunal de grande instance compte 8 corps ; les fonctions techniques de la police nationale (transmissions, immobilier, imprimerie...) sont remplies par des agents appartenant à 9 corps dont 6 en catégorie C, les personnels des bibliothèques universitaires se répartissant en 7 corps pour 5 000 personnes ¹²². Lorsqu'il s'agit d'apprécier les besoins du service en effectifs, en emplois et en compétences, puis d'en faire la traduction en termes de recrutement ou de formation, l'habitude de raisonner et de gérer par corps biaise les analyses et conduit à additionner celles conduites pour chaque corps.

• En deuxième lieu, elle freine l'approche fonctionnelle de la gestion des personnels, en faisant prévaloir une logique de corps sur la logique fonctionnelle. Cette réalité est bien mise en évidence par le rapport de Serge Vallemont sur les retraites des fonctionnaires, réalisé à la demande du Conseil d'orientation des retraites, en novembre 2001, lorsqu'il aborde la question du classement des emplois dans la catégorie dite B, au sens du Code des pensions civiles et militaires de retraite, dont les détenteurs peuvent bénéficier de la jouissance immédiate de la pension à 55 ans. Le Code des pensions prévoit que sont rangés dans la catégorie B « *les emplois présentant un risque particulier ou des fatigues exceptionnelles* ». La solution adoptée pour la mise en œuvre de ce classement a été de raisonner par corps : actuellement 16 corps de la fonction publique de l'État représentant plus de 500 000 agents (y compris les militaires) sont ainsi classés en catégorie B et un nombre assez proche de corps pour la fonction publique hospitalière, représentant environ 500 000 emplois.

121 - Ces critiques faites à l'organisation actuelle de la fonction publique en corps ne sont pas très éloignées de celles faites par le rapport Fulton à l'organisation en classes en Grande-Bretagne : « *Cette structure empêche l'affectation et l'utilisation optimales des capacités individuelles... Elle constitue un obstacle majeur à la facilité d'adaptation de l'administration à des tâches nouvelles. Chacune des classes tend à considérer les postes occupés par ses membres comme une chasse gardée, garantie d'un système d'organisation de carrières comportant un nombre déterminé de postes à chaque échelon... Les associations de personnel tendent naturellement à jouer le rôle de gardiens de ces territoires réservés... Cette structure conduit également à une organisation inefficace du travail... La carrière du fonctionnaire est principalement conçue comme une carrière à l'intérieur de la classe. Par conséquent chaque classe tend à maximaliser ses possibilités dans chacune des activités qu'elle recouvre... Il en résulte une présomption selon laquelle l'organisation de n'importe quel secteur de travail devrait refléter pleinement la structure hiérarchique de la classe correspondante.* »

122 - La maire d'une grande ville de France faisait observer récemment que ses 800 travailleurs sociaux relevaient de 13 statuts différents. La Lettre de l'expansion, 18 novembre 2002.



Or cette approche globale par catégorie statutaire ne permet pas une prise en compte de la situation effective des agents, qui peut être très différente selon l'affectation des personnels, bien que ceux-ci appartiennent au même corps. Inversement des agents affectés dans des emplois comportant des risques ou des fatigues exceptionnelles identiques à ceux d'autres emplois classés en catégorie B ne pourront bénéficier du même avantage, parce que leur corps ne bénéficie pas en tant que tel d'un classement en catégorie B¹²³. Il faut se demander si cette approche ne devra pas, à un moment ou à un autre, être réexaminée. Les questions relatives à la prise en compte de la pénibilité pour la retraite ont été abordées d'une manière générale dans le rapport du Conseil d'orientation des retraites¹²⁴. Mais elles ne sont pas seules en jeu dans le classement en catégorie active de personnels qui sont dans des situations très hétérogènes. Elles ne pourraient être dissociées pour la fonction publique d'un examen complet de la situation de ces personnels, qui ne constitue d'ailleurs sans doute pas une priorité pour l'évolution du régime des fonctionnaires et n'a pas pour l'instant été effectué.

La même constatation sur le poids des corps peut être faite à propos de nombreuses primes définies sur la base de critères purement statutaires et catégoriels, plutôt qu'attribuées en fonction de la difficulté réelle des fonctions exercées¹²⁵, ce qui obligerait à faire une sélection au sein des corps. Il en résulte, extrêmement souvent, que des agents de corps et statuts différents effectuent exactement les mêmes tâches et se trouvent soumis à des règles très différentes ; à sujétions égales, il est fait application de « régimes distincts », ce qui ne facilite ni les rapports humains, ni l'organisation du service¹²⁶. On verra que c'est la même logique de corps qui a été retenue pour l'ouverture de la fonction publique à la libre circulation des travailleurs en Europe, qui n'est conciliable que difficilement avec l'approche européenne qui repose sur la notion concrète de l'emploi.

- En troisième lieu, l'organisation en corps oppose un frein à la mobilité. Les corps constituent en effet autant de cloisons que les agents doivent franchir s'ils veulent accéder à un emploi relevant d'un autre corps ; et ces cloisons sont loin de n'être que factices ; il faut, pour passer d'un corps à un autre, un acte de détachement signé par les gestionnaires des deux corps, lié à de strictes conditions : que le statut du corps d'accueil le permette (ce qui suppose en

123 - Voir à titre d'exemple des conséquences discriminatoires de ce mode de classement, CE, 6 octobre 1999, Caisse des dépôts et consignations, T. p. 857 : « La circonstance que les conditions d'accès à l'emploi de "berceuse" dans une pouponnière départementale, emploi qui ne figure pas au nombre des emplois des collectivités territoriales classés en catégorie B, étaient les mêmes que celles de l'emploi d'aide-soignante et que les fonctions exercées étaient comparables ne permet pas d'assimiler les services accomplis par la requérante en tant que "berceuse" à des services accomplis dans un emploi d'aide-soignante, lequel est classé en catégorie B. »

124 - Notamment pages 251 à 253 de ce rapport ; voir également le rapport Vallemont, précité.

125 - Dans son rapport spécial de décembre 1999, la Cour des comptes note, p. 321 : « La conscience d'appartenir à un même corps, de partager un même statut est forte. Elle s'oppose à la mise en place d'indemnités fondées sur l'exercice d'une fonction, d'un métier ou sur une modulation liée à la manière de servir. »

126 - Voir le cas des « postes fixes » à la pénitentiaire, occupés indifféremment par des personnels de surveillance, administratifs ou techniques.



règle générale une stricte comparabilité entre les deux corps)¹²⁷ ; que l'avis de la CAP du corps d'accueil ait été recueilli, et cet avis sera réservé, et pour tout dire dissuasif, si le détachement se fait dans un grade d'avancement, car cela réduit d'autant les possibilités d'avancement des membres du corps ; que, dans de nombreux cas, l'accord d'autres administrations, finances ou Premier ministre, ait été obtenu¹²⁸. Le détachement peut prendre ainsi de longs mois et bien souvent d'ailleurs l'acte de détachement aboutit très longtemps après que le changement d'emploi ait eu lieu. Cette lourdeur existe même lorsque les corps en cause relèvent d'un statut interministériel commun, comme ceux d'attachés ou de secrétaires administratifs d'administration centrale ; il est de ce fait plus difficile pour les membres de ces corps de passer d'un ministère à un autre que pour les membres appartenant aux cadres d'emplois homologues de la fonction publique territoriale, où toute cette procédure n'est pas exigée pour passer d'une collectivité territoriale à une autre. Il faut ajouter à ces difficultés juridiques et de gestion celles liées aux différences déjà mentionnées de primes d'un corps à un autre et plus encore d'un ministère à un autre. On comprend qu'au total la mobilité reste une ardente obligation. Son support le plus efficace est aujourd'hui l'ouverture des concours internes, en principe accessibles aux agents publics de l'ensemble de l'administration ; si du moins les statuts particuliers des corps n'en disposent pas autrement, ce qui est le cas des corps du ministère des finances dont les concours internes ne sont ouverts qu'aux agents de cette administration.

- En quatrième lieu, pour les corps à faibles effectifs, c'est-à-dire la très grande majorité des corps, l'organisation en corps interdit toute véritable déconcentration de la gestion et au surplus enserme celle-ci dans un cadre étroit qui lui enlève toute souplesse, sinon toute signification : le pyramidage ne comporte plus une vraie hiérarchie professionnelle et les évolutions de carrière deviennent aléatoires.

- En cinquième lieu, le dispositif des corps contribue à une certaine déformation du dialogue social, en particulier dans la fonction publique de l'État où la représentativité syndicale et donc le poids respectif des différentes organisations syndicales dans les différents organes consultatifs (CTP et Conseil supérieur de la fonction publique) sont fondés sur les résultats aux élections aux CAP des différents corps, ce qui conduit inévitablement les organisations syndicales à ne voir certains problèmes d'ensemble qu'au travers du prisme des intérêts des corps et de leur « *champ syndical* ».

Il est clair que, si des mesures vigoureuses ne sont pas prises pour remédier à l'inadaptation actuelle des règles d'organisation de la fonction publique, des progrès dans la gestion des hommes resteront limités et aléatoires. Le défi est considérable, car la plupart des dysfonctionnements relevés sont typiques de

127 - Quelquefois des corps sont fermés à d'autres par pur « *clivage de défiance* », selon l'expression du Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics (Rapport d'enquête sur les aides à la mobilité des agents de l'État dans l'intérêt du service, décembre 2002), à propos du statut des personnels de direction des établissements du second degré, récemment rénové pourtant, qui n'est pas ouvert aux personnels administratifs de catégorie A qui, bien souvent, assurent des responsabilités importantes dans les lycées et collèges, comme gestionnaires ou comptables.

128 - Le décret du 29 août 2002 a considérablement restreint les hypothèses où ces accords sont requis.



l'organisation bureaucratique déjà décrite, il y a 40 ans, comme ne parvenant pas à corriger ses erreurs ¹²⁹.

1.3. L'indispensable conciliation entre le droit de la fonction publique et d'autres branches du droit

Le troisième enjeu auquel est confronté le droit de la fonction publique est celui de sa conciliation avec d'autres branches du droit. En premier lieu, le droit communautaire, qui, en tant qu'il peut concerner le régime juridique des agents publics, pose encore des questions importantes. Ensuite le nouveau droit budgétaire, tel qu'il résulte de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 et qui ne pourra pas rester sans conséquence sur la gestion des effectifs, des emplois et des compétences des fonctionnaires de l'État. Par ailleurs, il faut réfléchir aux retombées, en matière de recrutement des agents publics, de l'introduction dans les lois relatives au statut de la fonction publique, comme dans le Code de l'éducation par la loi du 17 janvier 2002, de la possibilité de validation des acquis de l'expérience. Enfin, il est indispensable de s'interroger sur la cohérence entre le droit actuel de la fonction publique et l'évolution prévisible du droit des collectivités territoriales. Les influences réciproques entre le droit de la fonction publique et le droit du travail font l'objet de réflexions spécifiques dans la deuxième partie, à propos des justifications de la particularité du régime applicable aux agents publics par rapport au droit commun du travail.

1.3.1. Droit de la fonction publique et droit communautaire

L'impact de la construction européenne sur la conception et le droit de la fonction publique se manifeste de façon singulièrement frappante, à travers le principe de la libre circulation des travailleurs posé à l'article 39 (ex. article 48) du

129 - Michel Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, le Seuil, 1963. Les données élémentaires de ce « cercle vicieux » bureaucratique peuvent être résumées de la façon suivante : l'étendue du développement des règles impersonnelles qui définissent dans le détail les fonctions et la conduite de chacun dans la plupart des éventualités, ainsi que le choix et la carrière des agents, si bien que les relations de dépendance personnelle disparaissent, le rôle du chef hiérarchique se borne à contrôler l'application des règles ; la centralisation des décisions, nécessaire à la sauvegarde des relations d'impersonnalité, puisqu'ainsi les responsables sont à l'abri des pressions de ceux qui seront affectés par ces décisions, mais qui entraîne en contrepartie une plus grande rigidité et une moindre capacité d'adaptation à l'environnement ; l'isolement de chaque catégorie hiérarchique et la pression du groupe sur l'individu, qui favorisent l'esprit de corps, le « ritualisme », et la formation d'objectifs spécifiques à chaque groupe ; le développement de relations de pouvoir parallèles, et donc de phénomènes de dépendance et de conflits, dus à l'impossibilité d'éliminer toutes les sources d'incertitude. Le cercle vicieux découle alors de ce que les difficultés engendrées par le fonctionnement de l'organisation bureaucratique, au lieu de contribuer à une refonte du modèle, aboutissent au contraire à développer les pressions exercées par les individus et les groupes dans le sens d'un renforcement du climat d'impersonnalité et de centralisation.



traité instituant la Communauté européenne, mais on ne saurait en négliger d'autres incidences¹³⁰ : celles tenant, en particulier, à la délimitation des champs respectifs du droit commun du travail et des règles spécifiques applicables aux agents publics.

1.3.1.1. L'impact du principe de la libre circulation des travailleurs

On sait que l'article 39 du traité dans sa rédaction issue du traité de Rome de 1957, dispose dans son paragraphe 1 « *la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté* », précise dans ses paragraphes 2 et 3 ce qu'elle implique et ce qu'elle comporte et prévoit dans son paragraphe 4 « *les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique* ». Il convient donc de rappeler le champ d'application du principe de la libre circulation des travailleurs en matière de fonction publique avant de préciser la portée actuelle de ce principe¹³¹.

Le champ d'application de ce principe en matière de fonction publique

Dans les années 1980, le champ de l'exception apportée par le paragraphe 4 de l'article 39 (ex. article 48) du traité au principe de la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté a été fixé dans ses règles de base. En effet, en 1980-1982, par deux arrêts Commission contre Belgique¹³², la Cour de justice des communautés européennes a interprété l'expression « *emplois dans l'administration publique* » comme visant « *des emplois qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques* ».

Compte tenu tant du principe traditionnel, rappelé par l'article 5 de la loi du 13 juillet 1983 constituant le titre I du statut général des fonctionnaires, selon lequel nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire s'il ne possède la nationalité française que de l'organisation en corps et cadres d'emploi de la fonction publique, c'est par une disposition insérée à un article 5 bis du statut général que la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 a prévu que « *les ressortissants des États membres de la Communauté économique européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'espace économique européen autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois dont les attributions soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à*

130 - Voir Jean-Marc Sauvé, « Les incidences de la construction communautaire sur la fonction publique française », à paraître aux *Cahiers de la fonction publique*.

131 - Voir sur l'interprétation la plus récente donnée par la Commission des communautés européennes à ces données, sa communication du 11 décembre 2002, « Libre circulation des travailleurs – en tirer pleinement les avantages et les potentialités », dont toute une partie est consacrée au secteur public, selon trois volets : accès à l'emploi dans la fonction publique, reconnaissance de l'expérience et de l'ancienneté professionnelles, reconnaissance des qualifications et diplômes.

132 - CJCE, 17 décembre 1980 et 26 mai 1982, Commission c/ Belgique, 149/79, rec. 1980, p. 3881 et rec. 1982, p. 1845 ; ces arrêts faisaient suite à un premier arrêt de principe, sotgiu, du 12 février 1974, C 152/73, qui avait posé la règle de l'interprétation restrictive des dispositions de l'article 39 § 4 du traité de Rome.



l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques [...]. Les corps, cadres d'emplois ou emplois remplissant les conditions définies au premier alinéa ci-dessus sont désignés par leurs statuts particuliers respectifs. Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État ».

Ultérieurement par différents arrêts successifs, dont les plus significatifs sont ceux du 2 juillet 1996, Commission contre Luxembourg, Belgique et Grèce¹³³, la Cour est allée plus loin et a consacré une approche répondant au souhait de la Commission¹³⁴, et consistant à dire que dans certains secteurs, la généralité des emplois doit être considérée comme ne relevant pas de l'exception prévue par le traité, les États pouvant seulement démontrer que, pour un emploi déterminé, et contre toute prévision normale, il existe un rapport avec les activités spécifiques de l'administration publique. Cette position exprimant que, dans certains secteurs d'administration publique, la dérogation inscrite dans le traité devenait l'exception et les difficultés générales rencontrées pour préciser le champ d'application concret de la libre circulation¹³⁵ ont conduit le Gouvernement à saisir le Conseil d'État d'une demande d'avis sur les conséquences à tirer des précisions apportées par la Commission et la jurisprudence communautaire sur le champ d'application de la dérogation posée par le paragraphe 4 de l'article 39. Cet avis du 31 janvier 2002 répond à toute une série de questions à partir du rappel que l'article 5 bis du statut général « *qui a entendu transposer en droit interne les concepts dégagés par la jurisprudence doit être interprété à la lumière de celle-ci* ».

Cet avis dispose notamment :

« 1. Doivent être regardés comme inséparables de l'exercice de la souveraineté ou comme participant directement ou indirectement à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou d'autres collectivités publiques : a) d'une part, l'exercice de fonctions traditionnellement qualifiées de régaliennes ; b) d'autre part, la participation, à titre principal, au sein d'une personne publique, à l'élaboration d'actes juridiques, au contrôle de leur

133 - CJCE, 2 juillet 1996, C-473/93, rec. p. I-3207, C-173/94, rec. p. I-3265 et C-290/94, rec. p. I-3285.

134 - Dans une communication interprétative du 18 mars 1988, la Commission a précisé ce qu'elle entend par champ de l'exception et champ de la libre circulation. Elle estime que relèvent du champ de l'exception : d'une part, les fonctions spécifiques de l'État et des collectivités assimilables, telles que les forces armées, la police, les autres forces de l'ordre, la magistrature, l'administration fiscale, la diplomatie ; d'autre part les emplois relevant des ministères de l'État, des gouvernements régionaux, des collectivités territoriales et autres organismes assimilés, des banques centrales..., dans la mesure où il s'agit de personnels qui exercent des activités ordonnées autour d'un pouvoir juridique public de l'État ou d'une autre personne morale de droit public, telle que l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants. Elle estime relever de la libre circulation les structures suffisamment éloignées des activités spécifiques des administrations publiques pour qu'elles ne puissent que très exceptionnellement bénéficier de l'exception prévue à l'article 39, paragraphe 4 ainsi les organismes chargés de gérer un service commercial, comme les transports, la distribution de l'eau ou du gaz, les services opérationnels de santé publique, l'enseignement dans les établissements publics, la recherche à des fins civiles... »

135 - Le Conseil d'État a ainsi été amené à déclarer illégal le refus du Gouvernement d'ouvrir le corps des adjoints administratifs des services déconcentrés de l'éducation nationale, CE, 4 avril 2001, M^{me} Larsen-Bocquet, n° 210 661.



application, à la sanction de leur violation, à l'accomplissement de mesures impliquant un recours possible à l'usage de la contrainte, enfin à l'exercice de la tutelle.

2. Les missions confiées aux ministères chargés de la défense, du budget, de l'économie et des finances, de la justice, de l'intérieur, de la police et des affaires étrangères sont, en principe, de nature régaliennne. Il en résulte que l'accès aux emplois dans ces ministères peut être présumé fermé aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen. Cette présomption ne saurait toutefois conduire à l'exclusion de l'ouverture aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen des emplois dont il apparaîtrait à l'occasion de l'examen d'ensemble auquel chacun de ces ministères procédera, qu'ils n'impliquent pas l'exercice de l'une des missions mentionnées aux a) et b) du 1. ci dessus.

3. Pour les autres administrations de l'État et pour les autres collectivités publiques, l'accès aux emplois qu'elles comportent n'est fermé aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen que si ces emplois impliquent l'exercice de l'une des missions mentionnées aux a) et b) ci-dessus. »

À la suite de cet avis, un décret en Conseil d'État du 6 janvier 2003 a ouvert aux ressortissants des autres États membres de la Communauté ou parties à l'accord sur l'espace économique européen de nouveaux nombreux corps et emplois de fonctionnaires de l'État¹³⁶, en précisant que les dispositions statutaires qui régissent le corps d'accueil leur sont applicables dans les conditions définies par le décret 2002-1294 du 24 octobre 2002 qui fixe les dispositions générales relatives à la situation et aux modalités de classement de ces ressortissants nommés dans un corps de fonctionnaires de l'État ou de ses établissements publics.

Ce dernier décret est l'une des réponses apportées à la question de savoir quelle est, en matière de fonction publique, la portée actuelle du principe de libre circulation des travailleurs.

La portée actuelle de ce principe

Une donnée simple s'impose : dès lors que les emplois, fussent-ils publics, sont soumis au principe de la libre circulation des travailleurs, l'ensemble des règles communautaires qui régissent cette libre circulation, article 39 du traité, droit dérivé intervenu sur le fondement de l'article 40 notamment et règlement CEE n° 1612/68 du 15 octobre 1968, leur sont applicables.

136 - En application de l'article 5 bis du statut général, une série de corps et cadres d'emplois avaient déjà été ouverts depuis 1991 par une disposition expresse de leurs statuts particuliers. Ce chantier n'est cependant pas achevé, notamment parce que la Commission européenne a mis en cause le refus de la France d'ouvrir certains corps et cadres d'emplois de la catégorie A+, comme celui d'administrateur territorial, la France estimant que l'ensemble des emplois susceptibles d'être occupés par des administrateurs territoriaux relève de l'article 39-4 du traité.



Il en résulte que les discriminations directes et indirectes à l'encontre des ressortissants des autres États membres et les obstacles de toute nature à la libre circulation doivent être éliminés¹³⁷. Avec toutefois un tempérament à cette règle : si les discriminations directes, comme l'exigence de nationalité, ne peuvent en aucune façon être maintenues, les discriminations indirectes peuvent être admises « *si elles sont justifiées par des considérations objectives, indépendantes de la nationalité des travailleurs concernés et sont strictement nécessaires et proportionnées à ces objectifs* »¹³⁸.

Ces principes trouvent à s'appliquer et posent problème pour ce qui concerne l'équivalence des qualifications et des diplômes, l'équivalence des expériences professionnelles et l'unicité des carrières au regard du droit aux prestations de sécurité sociale.

La question de la reconnaissance de **l'équivalence des qualifications et des diplômes** se pose de manière générale pour l'accès aux professions « *réglementées* », c'est-à-dire à celles « *dont l'accès ou l'exercice est subordonné, directement ou indirectement, par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession d'un diplôme* »¹³⁹. Pour faire suite à une jurisprudence de la Cour¹⁴⁰, les directives du 21 décembre 1988 et du 16 juin 1992¹⁴¹ ont prévu un système général de reconnaissance des diplômes et des formations professionnelles. Et tout le débat porte sur le point de savoir si les corps et cadres d'emplois de la fonction publique doivent être regardés comme entrant de manière générale dans le champ des « *professions réglementées* » que visent les directives. On peut le contester, car si l'on ne peut nier que les candidats aux emplois publics doivent le plus souvent justifier d'un diplôme sanctionnant un certain niveau d'études, il ne s'agit aucunement, sauf cas particuliers (comme de nombreux corps de la fonction publique hospitalière), de diplômes spécifiques indispensables à l'exercice de la profession en cause, comme cela l'est, par exemple, pour des médecins et on peut d'ailleurs, par le biais de la promotion interne ou du détachement, accéder aux dits emplois sans posséder lesdits diplômes. Si la question a pu être regardée un temps par la Commission comme tranchée dans le sens de l'affirmative par la décision Bobadilla de la CJCE du 8 juillet 1999¹⁴², cette décision paraît plus nuancée ; elle prévoit effectivement que la directive 89/48 du 21 décembre 1988 s'applique aux organismes publics et admet donc l'existence potentielle de

137 - CJCE, 23 mai 1996, O'Flynn, 237/94, rec. p. 2612.

138 - Ainsi la Cour admet que des conditions de connaissance linguistique puissent être posées pour accéder aux emplois publics, notamment dans un objectif « *de sauvegarde de l'identité nationale des États membres* » encore les États doivent-ils se garder d'imposer des exigences linguistiques qui ne seraient pas rendues nécessaires par la nature des emplois à pourvoir (CJCE, 28 nov. 1989, Grøener).

139 - CJCE, 1^{er} février 1996, Aranitis, C-164/94, rec. p. I-135.

140 - CJCE, 15 octobre 1987, Unectef/Heylens, 222/86, rec. p. 4097.

141 - Directive 89/48 du 21 décembre 1988 relative au système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles et directive 92/51 relative au deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles.

142 - CJCE, 8 juillet 1999, Fernandez de Bobadilla, C-234/97, rec. p. I-4795. Dans cette décision, la Cour a jugé que « *les dispositions d'une convention collective qui régit, de manière générale, l'accès à une profession ou son exercice, sont susceptibles de constituer "des dispositions législatives, réglementaires ou administratives" au sens des directives, et ce, notamment, lorsque cette situation découle d'une politique administrative unique définie au plan national* ».



professions réglementées au sein de la fonction publique ; mais elle ne semble pas faire par principe de toute la fonction publique une profession réglementée. La Commission paraît aujourd'hui s'être rapprochée de cette approche plus circonstanciée ; dans sa communication interprétative du 11 décembre 2002 précitée, elle indique : « *les directives 89/48 CEE et 92/51 CEE ne sont d'application que si les diplômés requis pour l'exercice d'une profession donnée attestent d'une formation qui prépare spécifiquement à l'exercice de la profession* ».

On ne peut bien sûr nier que le principe d'équivalence des diplômes soit d'un intérêt majeur pour la libre circulation dans les emplois publics. La France en est si consciente que tout en émettant des réserves sur l'applicabilité des directives à l'ensemble des emplois publics, elle a mis en place pour chaque fonction publique des commissions chargées d'apprécier les équivalences (décrets du 30 août 1994). Il serait en revanche difficilement justifiable de faire basculer purement et simplement toute la fonction publique parmi les « *professions réglementées* », au sens des directives.

– S'agissant de **l'équivalence des expériences professionnelles**, le sujet est encore plus décisif et plus complexe, car il touche directement au déroulement des carrières. A priori, l'idée sous-jacente est là aussi simple ; il s'agit de faire en sorte que l'expérience professionnelle acquise dans un autre État membre soit traitée de la même façon que l'expérience acquise dans son propre pays. Mais elle soulève de nombreuses questions, sur les services au sein desquels cette expérience professionnelle peut avoir été acquise, comme sur la portée à donner à cette reconnaissance en matière de concours et de reclassement.

La jurisprudence de la CJCE ne permet pas encore de répondre complètement, même si plusieurs arrêts ont apporté des éléments d'éclaircissement ¹⁴³.

143 - Dans l'arrêt Scholz c/Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda du 23 février 1994 419/92, rec. p. I-505, la Cour a jugé que « *lorsqu'un organisme public, à l'occasion d'un recrutement, prévoit de prendre en compte les activités professionnelles antérieures, exercées par les candidats au sein d'une administration publique, cet organisme ne peut, à l'égard des ressortissants communautaires, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans le service public d'un Etat membre ou dans celui d'un autre Etat membre* ».

Dans l'arrêt Schönig-Kougebetopoulou du 15 janvier 1998, C-15/96, rec. p. I-47 rendu à propos du refus opposé par un service public allemand de prendre en compte pour le classement d'un médecin spécialiste dans la grille de rémunération, le temps passé par ce médecin dans un service public grec, la Cour juge que les règles relatives à la libre circulation « *s'opposent à une clause d'une convention collective applicable au service public d'un Etat membre qui prévoit, pour les employés de ce service public, un avancement à l'ancienneté après huit ans de travail dans une catégorie de rémunération déterminée par cette convention, sans tenir compte des périodes d'emploi, dans une activité comparable, accomplies antérieurement dans le service public d'un autre Etat membre* ».

L'arrêt Commission c/République hellénique du 12 mars 1998, C-187/95, rec. p. I-1095 précise, dans le même sens « *qu'en excluant, par des dispositions réglementaires ou la pratique administrative, la prise en considération, aux fins de l'octroi de l'allocation d'ancienneté et du classement dans une catégorie de salaires d'un travailleur employé dans le service public grec, des services effectués dans une administration publique d'un autre Etat membre, au seul motif que ces services n'ont pas été effectués dans une administration publique nationale, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire...* ».

L'arrêt Österreichischer Gewerkschaftsbund du 30 novembre 2000, C-195/98, rec. p. I 10497 constitue un bon exemple de détermination des périodes d'activité à prendre en compte dans le cas d'enseignants.



Malgré les incertitudes qui peuvent encore subsister, la France a pris ses responsabilités en définissant, par le décret 2002-1294 du 24 octobre 2002 – dans une belle continuité politique, puisque les textes ont été soumis aux premiers arbitrages interministériels avant les élections présidentielles de mai 2002, puis menés à leur terme après – ce qu’il fallait entendre par équivalence des expériences professionnelles, en qualifiant ainsi les « *services accomplis dans une administration, un organisme ou un établissement de l’État membre d’origine dont les missions sont comparables à celles des administrations et des établissements publics dans lesquels les fonctionnaires civils mentionnés à l’article 2 de la loi du 13 juillet 1983 susvisés exercent leurs fonctions* ». Le décret admet au surplus que ces services ont pu être accomplis par un agent sous contrat de droit privé, dans un service fonctionnant sous un régime de droit privé. La position de la Commission sur ce point est au demeurant sans ambiguïté ; elle rappelle qu’il ne saurait « *être exclu qu’une expérience professionnelle comparable acquise dans le secteur privé d’un autre État membre doive être prise en considération, même si l’État membre d’accueil ne tient pas compte de l’expérience acquise dans le privé* ».

– S’agissant de **l’unicité de la carrière professionnelle au regard du droit aux prestations de sécurité sociale**, l’objectif est que le travailleur migrant ne pâtisse pas du passage d’un pays à un autre et que la totalité des périodes d’activité dans divers États soit prise en compte par le dernier État concerné pour l’ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci. Ce principe d’unicité est posé par l’article 42 du Traité (ex. article 51). Mais là aussi, on a commencé, dans le secteur public, à faire valoir, les contraintes nationales liées aux régimes spéciaux de retraite. C’est pourquoi, si le principe d’unicité a été retenu d’emblée pour l’assurance maladie et les prestations familiales, il n’en a pas été de même pour les pensions de retraite. Le règlement 1408/71 avait prévu expressément que le dispositif de coordination qu’il mettait en place ne s’appliquait pas aux régimes spéciaux. Et il a fallu que le Conseil soit implicitement condamné en 1995 par la CJCE, pour avoir laissé subsister cette exception¹⁴⁴, pour qu’un dispositif adapté de coordination des régimes spéciaux de retraite soit adopté.

Un compromis a pu être passé entre les États dans le règlement 1606/98 du 29 juin 1998 modifiant le règlement 1408/71. Il comporte deux volets : il porte dérogation au principe de totalisation des périodes d’assurance, de manière que les différents régimes spéciaux de retraite de fonctionnaires restent redevables des seuls droits ouverts dans les conditions spécifiques qu’ils déterminent ; mais il instaure des règles de coordination entre régimes spéciaux et régime général, par transfert sur le régime général des droits ne pouvant être acquis au titre du régime spécial.

Les développements qui précèdent mettent en évidence les difficultés de la conciliation entre la logique fonctionnelle qui fonde l’approche communautaire et la logique de carrière, avec son corollaire d’organisation en corps, qui caractérise le système français de fonction publique.

144 - CJCE, 22 novembre 1995, Iannis Vougioukas. C-443/93, rec. p. I-4033.



Un premier type de difficultés découle de la méthode retenue pour l'accès à la fonction publique, c'est-à-dire par corps. Comme il a été relevé ¹⁴⁵, il peut se trouver que dans certains corps, certains emplois auxquels ces corps donnent vocation, comportent l'exercice de prérogatives de puissance publique, alors qu'il n'en est rien pour d'autres. Si l'on suit la Cour de justice des Communautés européennes, il convient dans ce cas d'ouvrir le corps à la libre circulation quitte à « réserver, par des réglementations appropriées, aux ressortissants nationaux l'accès aux emplois qui comportent l'exercice de la puissance publique et l'attribution de responsabilités pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, à l'intérieur d'une même carrière, d'un même service ou d'un même cadre » ¹⁴⁶. On voit la difficulté d'une telle gestion qui viendra s'ajouter à celle née du fait que certains corps d'une filière donnée vont se trouver accessibles à certains membres d'un corps hiérarchiquement inférieur et fermés à d'autres, ce qui ne manquera pas de générer contestations et récriminations.

Un deuxième type de difficultés découle de l'impact potentiel de la libre circulation sur la promotion interne qui constitue un principe de notre système de fonction publique. La promotion interne est, en effet, garantie par des dispositions nombreuses (concours internes réservés à des viviers ciblés, part importante des emplois vacants réservés à ces concours internes, mécanismes de reclassement protecteurs, promotions au choix...), auxquelles les personnels sont spécialement attentifs, car elles constituent un des attraits de la fonction publique. Or cet édifice pourrait se trouver en partie mis en porte-à-faux par l'accès potentiellement ouvert à terme aux ressortissants européens à ces concours internes ¹⁴⁷ et par le dispositif de reclassement prévu en faveur des ressortissants européens à l'issue des concours, comme si les services accomplis dans leur État d'origine l'avaient été en France, y compris s'ils l'ont été dans des organismes fonctionnant sous un régime de droit privé.

Cette façon de traiter les ressortissants des autres États membres n'est certes pas de nature à elle seule à déstabiliser notre système de promotion interne et notre système de reclassement des agents reçus au concours. Néanmoins, un problème ne manquerait pas de se poser, en raison de la discrimination à rebours qui pourrait en résulter pour les ressortissants nationaux exerçant les mêmes métiers sous un régime de droit privé, lesquels se voient eux, écarter du concours interne et, s'ils entrent dans la fonction publique par la voie du concours externe ou du troisième concours, ne peuvent bénéficier du même reclassement favorable. De surcroît, les règles actuelles de reclassement des agents français sous régime de droit public vont apparaître, par certains côtés, moins favorables que le régime prévu par le décret du 24 octobre 2002 précité. pour les ressortissants communautaires bénéficiant de contrats de droit public à durée indéterminée.

145 - Bernard Teyssié, *Droit européen du travail*, éd. Litec 2001, p. 87.

146 - CJCE, Commission contre Belgique, précité.

147 - Dans sa communication interprétative du 11 décembre 2002, la Commission n'admet que les procédures qu'elle qualifie de « *recrutement interne* » ne soient pas ouvertes aux travailleurs immigrants que pour autant que « *les ressortissants nationaux qui ne travaillent pas dans le même service du secteur public ne sont pas non plus autorisés à postuler pour ce genre de poste ou de concours* ».



Le régime de promotion interne et le régime de reclassement des nationaux reçus aux différents concours ou ayant bénéficié d'une promotion au choix ou d'une intégration devra donc vraisemblablement être revu, ce qui, d'ailleurs, sera une façon d'ouvrir davantage et mieux l'accès à la fonction publique. Il ne faut cependant pas se cacher que cette nouvelle possibilité de combinaison entre carrière dans le secteur privé et carrière dans le secteur public n'est pas sans incidence sur notre conception de la fonction publique, notamment s'agissant de sa particularité au regard de l'emploi privé.

Un troisième type de difficultés prévisibles concerne l'accès même à la fonction publique, en cours de carrière, de ressortissants européens ayant démontré dans leur pays leur aptitude à exercer les fonctions auxquelles ils souhaitent accéder en France, pour lesquelles l'exigence du concours, en tant du moins que moyen de vérifier cette aptitude, est contestée. La tradition française étant celle de l'accès par concours, le Conseil d'État a rappelé dans son avis précité du 31 janvier 2002 que les ressortissants européens ne tenaient d'aucune disposition du traité le droit d'accéder à la fonction publique française sans suivre la procédure du concours, telle que prévue pour le recrutement des candidats de nationalité française, sauf si le droit interne autorise d'autres modalités de recrutement¹⁴⁸. Cet accès par concours pose, pour ce qui est de l'accès en cours de carrière, une difficulté qui peut être illustrée par un litige en cours, né du refus opposé à la demande formulée par une ressortissante d'origine portugaise ayant acquis la nationalité française, diplômée de l'école nationale de la santé publique du Portugal, de devenir directeur d'hôpital en France.

Ce refus a donné lieu à la fois à une plainte devant la Commission et à une action devant le juge administratif français. Par avis motivé du 13 mars 2000, la Commission a fait valoir aux autorités françaises que trois règles opposées à la demanderesse lui paraissaient contraires au principe de la libre circulation des travailleurs, à savoir l'exigence de suivre une formation professionnelle (au motif que l'intéressée remplissait la condition de diplôme exigée), l'engagement de rester dix ans dans le service public, et le choix des affectations dans l'ordre des résultats aux épreuves de classement en fin de scolarité à l'École nationale de la Santé publique de Rennes, dès lors que l'intéressée ne devrait pas être astreinte à cette scolarité. De son côté, la Cour administrative d'appel de Douai, a, par un arrêt Burbaud du 12 juillet 2001, saisi la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, sur le point de savoir si la scolarité à l'École nationale de la Santé publique de Rennes débouchant sur une titularisation dans la fonction publique hospitalière devait être assimilée à un diplôme au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/48 du 21 décembre 1988 relative au système de reconnaissance générale des diplômes de l'enseignement supérieur, et si la réglementation européenne

148 - À noter que par ailleurs, grâce à l'insertion par la loi du 16 décembre 1996 d'un article 5 quarter dans le titre 1^{er} du statut général des fonctionnaires, un fonctionnaire ressortissant européen peut désormais occuper un emploi de fonctionnaire en France par la voie de détachement ; les emplois accessibles doivent cependant être séparables de l'exercice de souveraineté et ne peuvent comporter aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des collectivités publiques. Un décret en Conseil d'État est venu préciser les modalités d'application de cet article 5 quarter (décret n° 2002-759 du 2 mai 2002).



faisait obligation de reconnaître l'équivalence de la formation de la requérante à celle de l'ENSP, ouvrant le cas échéant à l'intéressé au droit à intégration sans concours ¹⁴⁹.

La réponse à cette question préjudicielle qui a été soumise à la Cour en formation plénière, compte tenu de son importance, sera évidemment capitale : elle devrait en principe trancher définitivement la question évoquée plus haut de savoir si la fonction publique entre dans le champ des professions réglementées, lorsqu'il s'agit d'emplois auxquels il est possible d'accéder autrement que sur la base d'un diplôme spécifique ; elle sera vraisemblablement amenée également à éclaircir la place reconnue aux concours, notamment en tant qu'instrument régulateur entre l'offre et la demande de recrutement dans la fonction publique ¹⁵⁰.

Un quatrième type de difficultés résulte des incidences de la distinction, imposée par le droit communautaire, entre emplois ouverts et emplois non ouverts à la libre circulation sur le principe d'unité de la fonction publique, qui sous-tend la construction statutaire française, en vertu de l'idée que tous les agents publics participent à l'exécution des missions de la puissance publique et doivent dès lors relever des mêmes règles, quels que soient leur niveau hiérarchique ou leur secteur d'emploi.

Le droit communautaire de la libre circulation des travailleurs promeut en effet une conception dualiste de la fonction publique ¹⁵¹. De même dans sa jurisprudence relative au champ d'application de l'article 6 paragraphe I de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés publiques, qui traite du droit à un procès équitable, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a utilisé le critère « *d'emplois caractéristiques des activités spécifiques de l'administration publique, dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et des autres collectivités publiques* » ¹⁵². Et certains commentateurs en ont déjà déduit qu'« *il y avait désormais deux fonctions publiques, selon la nature des fonctions exercées par les agents de l'administration : une fonction publique de "droit civil" dont les droits et*

149 - Dans sa communication du 11 décembre 2002, la Commission s'exprime ainsi sur cette question : « *Un problème particulier se pose avec les concours destinés à recruter des personnes pour une formation donnée à l'issue de laquelle cette personne recevra un emploi dans le domaine concerné du service public (par exemple, l'éducation et la santé). Les travailleurs migrants de l'Union européenne qui sont déjà pleinement qualifiés dans ce domaine doivent être dispensés de la formation compte tenu de la formation et de l'expérience déjà acquises dans leur Etat membre d'origine. La Cour réfléchit actuellement, dans le cadre d'une question préjudicielle, à la question de savoir si ces travailleurs migrants peuvent ou non être soumis au même concours.* »

150 - Dans ses premières conclusions du 12 septembre 2002, l'avocat général s'efforce de dissocier, dans les concours à la française d'accès à la fonction publique par le biais d'écoles administratives, l'aspect « *sélection quantitative* » et l'aspect « *évaluation des connaissances* », et il estime qu'est contraire à la réglementation communautaire le fait de soumettre au même type d'examens les personnes sans qualification et les personnes qualifiées, dont la qualification est par exemple établie par un diplôme obtenu à l'étranger. Si cette solution était reconnue, notre régime d'accès aux écoles administratives serait inévitablement compromis ; mais il est possible de penser que la Cour sera sensible au caractère indissociable des deux aspects du concours.

151 - Jean-Charles Froment, « De la valorisation de la conception fonctionnelle de la fonction publique à son institutionnalisation », *RDP*, 1996, p. 1117.

152 - CJCE, 8 décembre 1999, Pellegrin, rec. 1999-VIII.



*obligations sont de caractère civil et une fonction publique de “puissance publique” qui seule relève du droit exorbitant de l’État »*¹⁵³. C’est évidemment excessif¹⁵⁴.

En effet si, pour assurer l’effectivité du principe de la liberté de circulation des travailleurs posé par l’article 39 CE, la France se trouve probablement contrainte de faire encore évoluer, pour une partie de la fonction publique, certaines des règles en vigueur, le droit communautaire ne l’oblige en aucune façon à « découper le pointillé », autrement dit à soumettre à un régime juridique totalement différent, d’une part, les emplois publics qui entrent dans le champ de l’exception à ce principe prévue par le paragraphe 4 de l’article 39 et, d’autre part, les emplois publics qui n’y entrent pas. On ne peut que souhaiter que tant les autorités nationales que les autorités communautaires se pénétrant de ce constat d’évidence. La France n’est d’ailleurs pas le seul pays européen pour lequel la spécificité de la fonction publique, liée à une solide tradition nationale de conception de l’État, a malheureusement trop souvent conduit jusqu’ici à un dialogue difficile sur les modalités de mise en œuvre de la libre circulation dans le secteur de l’emploi public.

1.3.1.2. Les autres incidences du droit communautaire

Pour mémoire, on rappellera que l’invocation devant le juge administratif d’un principe, tel le principe d’égalité ou celui de non-discrimination entre les sexes, que n’ignore pas le droit français, mais qui a été repris par une disposition du traité CE peut aboutir, en matière de fonction publique comme en toutes matières, à écarter l’applicabilité d’une disposition législative avec, éventuellement, des incidences financières lourdes¹⁵⁵ ou à faire évoluer notre régime juridique, y compris pour des emplois de souveraineté¹⁵⁶.

153 - Pierre Boutelet, « L’article 6 paragraphe I de la Convention européenne des droits de l’homme va-t-il bouleverser la théorie et le droit de la fonction publique ? », *Actualité juridique-Fonction publique*, mai-juin 2000, p. 1.

154 - Même si, dans un arrêt du 23 février 2000, L’Hermite p. 101, le Conseil d’État a déduit du fait que les attributions des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires « ne comportant pas de participation à l’exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l’État ou des autres personnes publiques » l’applicabilité des stipulations de l’article 6-1 à la procédure suivie devant la juridiction disciplinaire nationale compétente, mode de raisonnement confirmé par un arrêt de Section du 6 novembre 2002, Warguiez, concernant la procédure à suivre par le Conseil supérieur de la magistrature statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège.

155 - Cf. notamment, en ce qui concerne les discriminations suivant le sexe en matière de droits à pension de retraite, CE, 29 juillet 2002, Griesmar, n° 141 112 qui fait application de l’arrêt du même nom de la CJCE du 29 novembre 2001 (affaire Griesmar, C-366/39), par lequel la Cour a jugé que « le régime français de retraite des fonctionnaires entrainé dans le champ d’application de l’article 119 du Traité CE, à savoir qu’il s’agissait d’un régime professionnel et que les pensions qu’ils versaient devaient être considérées comme une rémunération au sens de cet article ». On notera qu’il résulte de cette jurisprudence de la Cour que la situation comparative des hommes et des femmes n’obéit pas aux mêmes règles, selon que les pensions sont versées dans le cadre du régime général ou des régimes spéciaux, ce qui pose un problème de cohérence.

156 - Voir CJCE, 11 janvier 2000, Tanja Kreil, affaire C-285/98, qui déclare non conforme à la directive relative à la mise en œuvre du principe d’égalité de traitement entre hommes et femmes les dispositions du droit allemand, qui excluent d’une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l’utilisation d’armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire.



Cependant, ont un impact plus direct sur le sujet traité ici, d'une part, les normes de fond du droit communautaire relatives au régime du travail souvent indistinctement applicables à l'ensemble des « *travailleurs au travail* », et, d'autre part, l'existence d'accords entre partenaires sociaux au niveau européen.

L'incidence des normes de fond relatives au régime du travail

En préambule, on peut signaler que c'est sur la base de la directive du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, que le Conseil d'État a déclaré illégale la composition d'un organe consultatif amené à se prononcer sur les questions touchant à la sécurité dans le travail et qui ne permettait pas une représentation des agents non titulaires n'occupant pas un emploi permanent ¹⁵⁷.

Au delà, et à titre d'illustration de la difficulté de combiner certaines normes du droit du travail d'origine européenne et certains éléments de notre droit de la fonction publique, deux exemples peuvent être donnés :

Le premier exemple concerne les conséquences à tirer des dispositions de la directive n° 199/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 « *visant à mettre en œuvre l'accord cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 entre les organisations interprofessionnelles à vocation générale* » sur le régime des agents contractuels de droit public. La directive part du principe, qui imprègne d'ailleurs tout le Code du travail français, que « *les contrats à durée indéterminée sont la forme générale de relation de travail* » et que « *l'utilisation des contrats de travail à durée déterminée basés sur des raisons objectives est un moyen de prévenir les abus* ». Et la clause 5 de l'accord cadre, qui concerne les mesures visant à prévenir l'utilisation abusive des contrats à durée déterminée, fait ainsi obligation aux États membres de prendre une ou plusieurs des mesures qu'il énumère ¹⁵⁸. On ne peut exclure que cette directive soit applicable aux contractuels de droit public, quelles que soient les spécificités de leur situation, dans la mesure où l'accord cadre qu'elle a pour objet de mettre en œuvre vise tous les « *travailleurs à durée déterminée ayant un contrat ou une relation de travail défini par la législation, les conventions collectives ou les pratiques en vigueur dans chaque État-membre* », définition très extensive. Les conséquences de telles dispositions sur le système français de fonction publique sont ambiguës et dépendront beaucoup de la manière dont la transposition en sera assurée. Dans une première hypothèse, on pourrait légitimement

157 - CE, Section, 10 juillet 2002, Fédération CFDT Interco, n° 232 034 ; autrement dit, toutes les catégories de personnel doivent être représentées.

158 - Ces mesures sont les suivantes : « a) *des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail* ; b) *la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs* ; c) *le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail* ». Les États doivent aussi prévoir dans quelles conditions ces contrats ou relations de travail sont, à titre évidemment de sanction d'un recours abusif, « *réputés conclus pour une durée indéterminée*. »



considérer que le droit français est déjà en conformité avec la directive : en effet, les règles régissant le recours aux contractuels ont précisément pour objet de déterminer de façon limitative les cas dans lesquels un tel recours est possible ; à défaut, la règle est l'occupation de l'emploi concerné par un fonctionnaire titulaire dont la « relation de travail » est par définition à durée indéterminée. Dans ces conditions, le droit communautaire ne fait rien d'autre qu'inciter à une plus stricte application des principes mêmes du statut général. Une autre interprétation est cependant possible, fondée sur l'observation qu'en pratique, même si cela est contraire à l'esprit, sinon à la lettre, des règles du statut, de nombreux emplois permanents sont occupés par des contractuels dont le contrat est renouvelé de manière quasi automatique alors même que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, ces contrats ne sont en aucun cas susceptibles de se transformer en contrats à durée indéterminée¹⁵⁹. Dans la mesure où une telle pratique semble directement contraire aux dispositions de la directive de 1999, et où l'on souhaiterait maintenir l'étanchéité de principe entre contractuels et agents publics titularisés, la réintroduction de contrats à durée indéterminée dans le droit de la fonction publique française, en dehors des cas dérogatoires d'ores et déjà prévus, notamment pour certains établissements publics administratifs et pour les autorités administratives indépendantes, devrait alors être envisagée¹⁶⁰.

Un deuxième exemple de difficultés concerne la mise en œuvre, à l'égard des personnes publiques, du principe de continuité des contrats, en cas de reprise d'activité d'une entreprise par une autre, principe posé par l'article L. 122-12 du Code du travail et par ailleurs par l'article 3 paragraphe 1 de la directive 77/187 du 14 février 1977 modifiée (recodifiée par la directive 2001/23/CE)¹⁶¹. L'interprétation récente donnée par la Cour de justice des communautés européennes de la portée de cette directive en cas de reprise d'une activité privée par une entité publique¹⁶² soulève la délicate question de l'attitude à adopter en ce cas par l'entité publique à l'égard des salariés. Sur la base de la jurisprudence communautaire, la Cour de cassation a été amenée à juger, à propos de la reprise par un centre hospitalier public de l'activité d'une clinique privée ayant cessé son activité que « *la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public, ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée*¹⁶³ », ce dont il résulte, sauf bouleversements affectant l'activité transférée, qu'en cas de

159 - CE, Section, 2 octobre 1999, Bayeux, p. 335.

160 - Voir Marie-France Christophe-Tchakaloff, « Fonction publique et droit communautaire », *Actualité juridique-Fonction publique*, janvier-février 2001, p. 5.

161 - Voir M. Serge Pugeault, « L'application de l'article L. 122-12 du Code du travail aux services publics administratifs », *AJDA*, 9 sept. 2002, p. 695.

162 - CJCE, 26 septembre 2000, *Mayeur contre Association Promotion de l'information Messine (APIM)* p. I-07 755, décision rendue à propos de la reprise par la ville de Metz d'une association constituée à l'initiative de la ville et chargée de promouvoir les possibilités offertes par celle-ci pour le développement d'activités diverses. La CJCE a jugé que « *le transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public rentre en principe dans le champ d'application de la directive* ».

163 - Cour de cassation, chambre sociale, 25 juin 2002, *Association pour la garantie des salaires (AGS) c/ M. Hamon et autres*, n° 2127 ; voir également pour la reprise de la gestion d'un port de plaisance, Cass. soc., 14 janvier 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer*, arrêt n° 45.



reprise de ce type, la personne publique doit purement et simplement reprendre les salariés. Mais en l'état du droit de la fonction publique, elle devra aussi, dans le même temps, constater qu'elle est, en vertu des règles du statut, dans l'impossibilité juridique de les reprendre tous immédiatement sous le régime, soit de fonctionnaire, soit d'agent non titulaire de droit public, ce qui devrait entraîner de sa part le licenciement de ces agents ¹⁶⁴ ; et ce licenciement sera considéré comme « *survenu du fait de l'employeur* », avec tout ce que cela implique en terme d'indemnités de licenciement ; celles-ci sont calculées par application des règles du Code du travail et la juridiction compétente pour connaître d'éventuels litiges est le Conseil des prud'hommes ¹⁶⁵.

Autant dire que cette jurisprudence, née de l'application du droit communautaire devrait conduire à imaginer des mécanismes spécifiques d'intégration à la fonction publique des personnels d'une entreprise privée repris par un établissement public.

On peut toutefois noter qu'un transfert portant uniquement sur des structures exerçant des fonctions de pure administration échapperait au champ d'application de la directive ¹⁶⁶.

L'incidence des accords entre partenaires sociaux au niveau européen

Le droit européen communautaire constitue, de manière générale, une vive incitation vers la reconnaissance d'un pouvoir normatif autonome des partenaires sociaux. L'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dispose que « *les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés* » et si la Charte n'a pas en elle-même de portée juridique, on peut penser que la CJCE s'en inspirera comme elle le fait du reste pour la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs ¹⁶⁷. Ce droit à la conclusion de conventions collectives trouve d'ailleurs d'ores et déjà une traduction concrète dans la possibilité qui est offerte aux États membres de « *confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application des paragraphes 2 et 3* » de l'article 137 du traité de Rome ¹⁶⁸.

164 - Sauf peut-être à admettre, s'agissant des services publics à caractère industriel et commercial, que les collectivités publiques peuvent, sur le fondement des dispositions de la dernière phrase de l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983, aux termes desquelles « *dans les services et les établissements à caractère industriel et commercial, [la loi] ne s'applique qu'aux agents qui ont la qualité de fonctionnaires* », recruter librement sous statut de contractuels les agents dont elles ont besoin pour faire fonctionner ces services, ces contractuels se trouvant placés sous un régime de droit privé.

165 - TC, 15 mars 1999. *Faulcon c/ commune de Châtellerault*, Droit social 1999, p. 673, concl. Jerry Sainte-Rose.

166 - CJCE, 15 octobre 1996, *Henke*, C-298/94, rec. p. I-4989.

167 - Voir par exemple CJCE, 26 juin 2001, *BECTU*, aff. C-173/99, rec. p. I-4881, § 39.

168 - Article 137 § 4 du Traité CE, issu de l'article 2 § 4 de l'accord du 7 février 1992 sur la politique sociale.



C'est un très vaste champ qui est ainsi ouvert à la « *transposition conventionnelle* » des directives¹⁶⁹, même s'il s'agit pour les États membres d'une simple faculté.

Au-delà de cet appel à l'autonomie normative des partenaires sociaux au niveau national pour la transposition des directives, il faut signaler le développement de la négociation collective au niveau communautaire, sur la base de l'article 139 du Traité CE. Aux termes du paragraphe 1 de cet article, « *le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords* ». Le paragraphe 2 précise les modalités de mise en œuvre des accords ainsi conclus¹⁷⁰. Dans une première hypothèse, l'accord passé entre organisations de travailleurs et d'employeurs au niveau communautaire reste un contrat de droit privé, obligatoire entre ses parties, dont la mise en œuvre peut notamment être confiée aux partenaires sociaux nationaux. Dans une seconde hypothèse, l'accord est « *repris* » par le Conseil, sous la forme de l'un des instruments traditionnels de droit communautaire dérivé. C'est cette voie qui a été le plus souvent privilégiée jusqu'à présent, l'instrument choisi étant la directive : trois accords-cadres portant respectivement sur le congé parental, le travail à temps partiel et le travail à durée déterminée ont ainsi été repris par des directives¹⁷¹. Or, comme on a eu l'occasion de le dire à propos de la directive relative au travail à durée déterminée, ces accords ne comportent aucune clause excluant la fonction publique de leur champ d'application. **On assiste donc à l'introduction dans le droit de la fonction publique française de normes qui trouvent leur origine dans la négociation collective au niveau communautaire.**

169 - L'article 137 permet en effet d'adopter, à la majorité qualifiée, des « *prescriptions minimales* » en matière d'amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, de conditions de travail, d'information et de consultation des travailleurs, d'intégration des personnes exclues du marché du travail, d'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail, d'« *adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre États membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences afin de lutter contre l'exclusion sociale* », mais aussi, à l'unanimité, d'intervenir dans les domaines de la sécurité sociale et de la protection sociale des travailleurs, de la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, de la représentation et de la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion, des conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté, ainsi que des contributions financières visant la promotion de l'emploi et la création d'emplois.

170 - « *La mise en œuvre des accords conclus au niveau communautaire intervient soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit, dans les matières relevant de l'article 137, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission. / Le Conseil statue à la majorité qualifiée, sauf lorsque l'accord en question contient une ou plusieurs dispositions relatives à l'un des domaines visés à l'article 137, paragraphe 3, auquel cas il statue à l'unanimité.* »

171 - Directives du Conseil n° 96/34/CE du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu le 14 décembre 1995 par l'UNICE, le CEEP et la CES (JOCE, n° L 145, 19 juin 1996, p. 4), n° 97/81/CE du 15 décembre 1997 concernant l'accord cadre sur le travail à temps partiel conclu le 6 juin 1997 par l'UNICE, le CEEP et la CES (JOCE, n° L 14, 20 janvier 1998, p. 9), n° 1999/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 par l'UNICE, le CEEP et la CES (JOCE, n° L 175, 10 juillet 1999, p. 43).



Certes, on ne peut soutenir qu'il s'agit là d'un début d'extension du système des conventions collectives à la fonction publique, puisque les États n'étant pas parties aux accords conclus par les partenaires sociaux européens, qui n'ont pas par eux-mêmes d'effets *erga omnes*, c'est uniquement dans la mesure où une directive a repris les stipulations des accords européens que les normes ainsi édictées sont applicables à la fonction publique.

Mais c'est la marque d'une certaine évolution vers un plus grand rôle donné aux partenaires sociaux dans l'élaboration du droit applicable aux agents publics ¹⁷². Il est intéressant à ce propos de citer les paragraphes 88 et 89 de l'arrêt du Tribunal de première instance du 17 juin 1998, UEAPME ¹⁷³ : « *l'intervention des deux institutions en cause [Conseil et Commission] a pour effet de conférer une assise communautaire de nature législative à un accord conclu entre partenaires sociaux, sans recourir aux procédures classiques d'élaboration d'un texte législatif prévues par le traité, qui impliquent la participation du Parlement européen. Or, il ressort de la jurisprudence que la participation de ce dernier au processus législatif de la Communauté est le reflet, au niveau de la Communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative [...]. Or, le respect du principe de la démocratie, sur lequel l'Union est fondée, requiert – en l'absence de participation du Parlement européen au processus d'adoption d'un acte législatif – que la participation des peuples à ce processus soit assurée de manière alternative, en l'occurrence par l'intermédiaire des partenaires sociaux ayant conclu l'accord auquel le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, confère une assise législative au niveau communautaire. Pour contrôler le respect de cette exigence, il incombe à la Commission et au Conseil de vérifier la représentativité des partenaires sociaux concernés.* »

Cet arrêt a été abondamment commenté en ce qu'il aborde le délicat problème de la représentativité des « *partenaires sociaux* » européens, et consacre le rôle de ces derniers dans le processus démocratique ; mais son importance réside aussi dans le fait qu'il semble exclure, *a contrario*, qu'un accord puisse être étendu à des catégories de travailleurs ou d'employeurs dont aucune organisation syndicale représentative n'aurait signé les accords en cause. Dès lors, on doit conclure que c'est bien en tant que les agents publics sont représentés par les organisations syndicales européennes, par le biais de l'affiliation des grandes centrales syndicales françaises, que les directives citées plus haut peuvent leur être rendues applicables sans enfreindre le « principe de la démocratie ». Il y a donc d'ores et déjà, de ce fait, une participation *formelle* des agents publics au processus d'élaboration de certaines règles qui leur sont applicables. Ceci n'est pas sans importance dans la perspective des interrogations actuelles sur le rôle de la négociation collective dans la fonction publique française.

172 - Voir Jean-Claude Javillier, « Sur l'Europe, le droit et le droit social », in Bernard Teyssié (dir.), *Les normes sociales européennes*, éditions Panthéon-Assas, 2000.

173 - Aff. T-135/96, rec. p. II-2335.



1.3.2. Droit de la fonction publique et droit budgétaire

Le 1^{er} août 2001 a été adoptée, avec un très large consensus parlementaire, une loi organique relative aux lois de finances (LOLF) qui réforme en profondeur les conditions d'élaboration et d'exécution du budget de l'État ¹⁷⁴ et qui, pour ses dispositions essentielles, entre en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Il convient d'en rappeler brièvement les principes, en tant du moins qu'ils intéressent les dépenses de personnel, avant d'analyser les conséquences prévisibles de cette loi pour le droit de la fonction publique.

1.3.2.1. Les principes posés par la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001

D'une manière générale, cette loi se propose de faire passer la gestion de l'État d'une logique de moyens à une logique d'objectifs et de résultats, en l'orientant vers la recherche de l'efficacité et la mesure de la performance ; elle entend obtenir ce résultat en donnant plus d'autonomie aux responsables de la conduite des politiques publiques.

Dans cette optique, deux concepts sont définis à l'article 7 de la loi :

– le « programme » qui « regroupe les crédits destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère et auquel sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus et faisant l'objet d'une évaluation » ;

– la « mission » qui « comprend un ensemble de programmes concourant à une politique définie » ; « Toutefois une mission spécifique regroupe les crédits d'une dotation pour dépenses accidentelles et imprévisibles et d'une dotation pour mesures générales en matière de rémunération dont la répartition par programme ne peut être déterminée avec précision au moment de vote des crédits ».

Ce même article 7 prévoit que les crédits d'un programme sont présentés selon les titres mentionnés à l'article 5 (dépenses de personnel, dépenses de fonctionnement, charge de la dette de l'État, dépenses d'investissement, dépenses d'intervention...) et que si cette présentation des crédits par titre est indicative « toutefois les crédits ouverts sur le titre des dépenses de personnel de chaque programme constituent le plafond des dépenses de cette nature ».

Enfin, il dispose qu'à l'exception des crédits de la dotation pour mesures générales en matière de rémunérations « les crédits ouverts sur le titre des dépenses de personnel sont assortis de plafonds d'autorisation des emplois rémunérés par l'État. Ces plafonds sont spécialisés par ministère ».

174 - Il n'est pas inutile de rappeler quelques uns des inconvénients du régime actuel, dans leurs incidences sur la gestion de la fonction publique : établissement des propositions budgétaires à partir de bases budgétaires déterminées en fonction de l'exercice précédent, ce qui conduit à figer les situations et à créer des distorsions dans le traitement des différentes administrations ; calcul des lignes de rémunération en fonction de l'indice moyen du grade, abstraction faite des pyramidages réels ; politique de création systématique des emplois aux grades de base, par souci d'économie à courte vue, ce qui entraîne à terme des difficultés sociales liées au rythme insuffisant de l'avancement au sein des corps.



Il convient par ailleurs de signaler que, si l'article 43 de la loi organique relative aux lois de finances prévoit que la discussion des crédits du budget général donne lieu à seulement un vote par mission, qui porte à la fois sur les autorisations d'engagement et sur les crédits de paiement, et à un vote unique sur les plafonds des autorisations d'emplois, il ne s'en suit pas pour autant que le Parlement soit en droit dépouillé de moyens d'exercice de son pouvoir de décision en matière budgétaire. En vertu de l'article 40, en vue de l'examen et du vote du projet de loi de finances de l'année n+1, le gouvernement devra présenter entre avril et juin de l'année n un rapport comportant notamment « la liste des missions, des programmes et des indicateurs de performances associés à chacun de ces programmes, envisagés pour ce projet de loi de finances, ce rapport pouvant donner lieu à un débat à l'Assemblée nationale et au Sénat ». En vertu de l'article 51, le projet de loi de finances lui-même devra être accompagné d'annexes explicatives, accompagnées du « projet annuel de performances de chaque programme » ; lequel doit préciser, notamment « a) la présentation des actions, des coûts associés, des objectifs poursuivis, des résultats obtenus et attendus pour les années à venir mesurés au moyen d'indicateurs précis dont le choix est justifié [...] b) par catégorie, présentée par corps ou par métier, ou par type de contrat, la répartition prévisionnelle des emplois rémunérés par l'État et la justification des variations par rapport à la situation existante ». En vertu de l'article 58, le projet de loi de règlement, qui doit être déposé avant le 1^{er} juin de l'année suivant celle de l'exécution du budget auquel il se rapporte, doit être accompagné du dépôt conjoint par la Cour des comptes d'un rapport relatif aux résultats de l'exécution de l'exercice antérieur qui, en particulier, « analyse par mission et par programme l'exécution des crédits ». En vertu de l'article 59, lorsque, dans le cadre d'une mission de contrôle et d'évaluation, la communication des renseignements demandés par les commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées des finances ne peut être obtenue au terme d'un délai raisonnable, leurs présidents « peuvent demander à la juridiction compétente statuant en référé, de faire cesser cette entrave sous astreinte ».

En résumé, la loi organique relative aux lois de finances vise donc à renforcer le rôle du Parlement, avant, pendant et après le débat sur la loi de finances initiale de l'année, sur la validation des objectifs des politiques publiques, et sur la répartition d'enveloppes globales de moyens entre ces politiques, en fonction des résultats observés, tout en laissant aux gestionnaires une plus grande marge de manœuvre d'ajustement technique d'une année sur l'autre (dans les conditions prévues par l'article 15, notamment pour les crédits inscrits sur le titre des dépenses de personnel d'un programme) et surtout la responsabilité du choix de la meilleure combinaison des moyens dans le cadre des enveloppes fixées.

Il doit être précisé par ailleurs que la loi organique a prévu, par son article 21, la création d'un compte d'affectation spéciale¹⁷⁵ destiné à retracer « les opéra-

175 - En vertu de cet article, « les comptes d'affectation spéciale retracent, dans les conditions prévues par une loi de finances, des opérations budgétaires financées au moyen de recettes particulières qui sont, par nature, en relation directe avec les dépenses concernées. Ces recettes peuvent être complétées par des versements du budget général, dans la limite de 10 % des crédits initiaux de chaque compte... » ; le même article précise plus loin que cette dernière limite ne s'applique pas aux opérations relatives aux pensions et avantages accessoires.



tions relatives aux pensions et avantages accessoires » ; il en résultera donc une individualisation dans un compte unique, en dépenses et en recettes, du financement des pensions et avantages accessoires versés aux fonctionnaires. Ce compte constituera une mission, au sens défini plus haut ; sauf règles particulières, ses opérations seront prévues, autorisées et exécutées dans les mêmes conditions que celles du budget général. Dans chaque programme apparaîtra, au titre du coût complet des agents, l'équivalent d'une contribution employeur relative aux pensions, qui viendra alimenter le compte d'affectation spéciale.

1.3.2.2. Les conséquences prévisibles de cette loi pour le droit de la fonction publique

Le législateur organique a, sans aucun doute, affirmé sa volonté de maîtriser par les lois de finances successives l'évolution des dépenses de personnel de l'État : les crédits prévus à ce titre pour chaque programme ne peuvent pas être abondés par les crédits prévus à d'autres titres pour le même programme. Même si le plafond d'autorisation des emplois rémunérés par l'État, lequel sera exprimé en équivalents temps plein annuel donne lieu à un vote unique, il doit être fixé dans la loi par ministère, ce qui le rend opposable tant à chaque administration qu'à l'opinion publique. **En revanche, la loi organique relative aux lois de finances ne modifie en aucune façon par elle-même le droit de la fonction publique.** On pourrait même dire qu'elle marque le retour à une vision plus équilibrée des compétences respectives du Parlement et du Gouvernement en matière de fonction publique, dans la mesure où il est mis fin au système qu'avait prévu l'ordonnance portant loi organique du 2 janvier 1959 d'un vote par titre et par ministère des mesures nouvelles, sur la base d'annexes explicatives justifiant ces mesures nouvelles, et notamment les crédits afférents aux créations et transformations d'emplois, système qui pouvait en fait aboutir à faire dépendre d'un vote du Parlement, en méconnaissance de la répartition des compétences entre le domaine de la loi et le domaine du règlement, les modalités du repyramidage d'un corps de fonctionnaires et empêchait les redéploiements en cours d'année des emplois entre catégories et même entre grades d'un même corps.

Cependant, au-delà du texte même de la loi organique, il convient d'anticiper les réactions que pourra susciter son application, maintenant très proche, de façon à en faciliter la mise en œuvre.

Le premier type de difficultés peut venir de ce que la présentation des charges de l'État en programmes « assortis d'indicateurs de performance dont le choix est justifié », sous peine de demeurer un exercice de discours technocratique formel, sans conséquence réelle possible sur l'efficacité de l'administration publique, implique d'associer très en amont, pour chaque programme, l'ensemble des personnels concernés par le programme à une réflexion collective sur des objectifs et des indicateurs de résultats concrets et judicieux. Sans nier que, de diverses parts et sous diverses modalités, une réflexion sur ce point ait déjà été amorcée, on peut néanmoins s'interroger sur le point de savoir si les institutions représentatives du personnel dans la fonction publique, dans leur conception, leur composition et leur pratique seront un outil adapté à la nécessaire concertation sur ce point.



En deuxième lieu, il est plus que vraisemblable que les ministres, et sous leur autorité les chefs de service, responsables des résultats attendus pour les programmes relevant d'eux, auront besoin de marges de manœuvre supplémentaires dans la gestion de leurs ressources humaines sur lesquelles, dans beaucoup de cas, reposera de façon prépondérante l'obtention des résultats recherchés. En effet, comme on l'a montré plus haut, leurs marges de manœuvre actuelles sont très limitées par les caractéristiques de certains éléments de la gestion actuelle de la fonction publique.

En troisième lieu, et par-delà ce qui vient d'être dit sur l'exigence que ne manqueront pas de formuler les gestionnaires de disposer d'une plus grande maîtrise de leurs ressources humaines, il y a lieu de s'attendre à ce que le centre de gravité de cette gestion des hommes se rapproche de la base ; les services déconcentrés sont appelés à en être l'échelon de droit commun, de même que ce sera sur eux que reposera la responsabilité de l'exécution des programmes, ce qui signifie déconcentration la plus complète possible des actes de gestion.

En quatrième lieu, il est possible que se pose la question difficile, non seulement en droit, mais en fait, de l'articulation entre l'action administrative interministérielle au niveau déconcentré sous la responsabilité du Préfet représentant de l'État, mise en œuvre ces dernières années sous le vocable de « projet territorial », et les principes nouveaux régissant l'élaboration et l'exécution des lois de finances, qui reposent plus nettement qu'auparavant sur l'idée de programmes impliquant une évaluation des résultats par ministère. La situation de certains au moins des chefs de service déconcentrés et des personnels placés sous leur autorité risque de s'en trouver moins claire, pour un temps au moins.

Cela ne doit pas empêcher de conclure positivement que les exigences qui naîtront de l'application de la loi organique relative aux lois de finances rejoignent celles d'une gestion des ressources humaines plus personnalisée et plus active.

1.3.3. Droit de la fonction publique et droit de l'éducation

Il n'y a pas lieu de traiter ici de la question générale des « écoles administratives » déjà mentionnée en relation avec les exigences du droit européen et, qui sera d'ailleurs évoquée plus loin à propos des orientations suggérées quant au régime de recrutement dans la fonction publique, car si l'existence de telles écoles est un élément structurant du système français de fonction publique, cet élément n'interfère pas directement avec le « droit de l'éducation » au sens strict du terme.

Il n'en va pas de même d'une disposition récemment introduite dans le Code de l'éducation avec laquelle devront être conciliées certaines règles de la fonction publique.

1.3.3.1. La possibilité de validation des acquis de l'expérience professionnelle ouverte par la loi du 17 janvier 2002

L'article L. 613-3 du Code de l'éducation, dans sa rédaction résultant de cette loi dispose « *toute personne qui a exercé pendant au moins trois ans une activité professionnelle salariée, non salariée ou bénévole, en rapport avec l'objet de sa demande, peut demander la validation des acquis de son expérience*



*pour justifier tout ou partie des connaissances et des aptitudes exigées pour l'obtention d'un **diplôme ou titre délivré, au nom de l'État, par un établissement d'enseignement supérieur**. Toute personne peut également demander la validation des études supérieures qu'elle a accomplies, notamment à l'étranger ».*

L'article L. 613-4 prévoit que cette validation est prononcée par un jury dont les membres, désignés par le président de l'université ou le chef de l'établissement supérieur, en fonction de la nature de la validation demandée, comprend, outre une majorité d'enseignants chercheurs, des personnes compétentes pour apprécier la nature des acquis, notamment professionnels, dont la validation est sollicitée. Ce jury se prononce au vu d'un dossier constitué par le candidat à l'issue d'un entretien avec ce dernier « *et, le cas échéant d'une mise en situation professionnelle réelle ou reconstituée lorsque cette procédure est prévue par l'autorité qui délivre la certification. Il se prononce également sur l'étendue de la validation et, en cas de validation partielle, sur la nature des connaissances et aptitudes devant faire l'objet d'un contrôle complémentaire. La validation produit les mêmes effets que le succès à l'épreuve ou aux épreuves de contrôle des connaissances et aptitudes qu'elle remplace* ».

Des dispositions de même nature ont été insérées à l'article L. 335-5 du Code de l'éducation en vue de la validation des acquis de l'expérience pour l'obtention des « **diplômes ou des titres à finalité professionnelle** », et l'article L. 335-6 nouveau prévoit notamment la création d'un répertoire national des certifications professionnelles dans lequel sont enregistrés de droit les diplômes et titres à finalité professionnelle délivrés au nom de l'État et créés après avis d'une instance consultative associant les organisations représentatives d'employeurs et de salariés ¹⁷⁶.

Par ailleurs, le législateur de 2002 a formulé de façon plus éclatante les principes posés aux articles L. 335-5 et L. 335-6 du Code de l'éducation par l'insertion d'un alinéa à l'article L. 900-1 du Code du travail qui dispose « *toute personne engagée dans la vie active est en droit de faire valider les acquis de son expérience notamment professionnelle en vue de l'acquisition d'un diplôme, d'un titre, à finalité professionnelle [...]* » et prévoit en outre que, lorsque la personne en cause est salariée, elle peut bénéficier d'un congé pour validation des acquis professionnels dans les conditions de durée et selon les modalités fixées par des articles du Code du travail.

Cependant, comme on le sait, les dispositions du Code du travail ne sont pas directement applicables aux agents des administrations publiques, et ce sont donc les conséquences des seules dispositions de la loi du 17 janvier 2002 qui modifient le Code de l'éducation sur le droit du recrutement des fonctionnaires qu'il convient d'explorer.

176 - Plusieurs décrets ont été pris pour l'application de ces diverses dispositions : décret n° 2002-590 du 24 avril 2002 pris pour l'application des articles L. 613-3 et L. 613-4, relatif à la validation des acquis de l'expérience par les établissements d'enseignement supérieur ; décret n° 202-615 du 26 avril 2002 pris pour l'application des articles L. 335-5 et L. 335-6, relatif à l'obtention des certifications professionnelles autres que celles de l'enseignement supérieur ; décret n° 2002-616 du 26 avril 2002 relatif au répertoire national des certifications professionnelles ; décret n° 2002-617 du 26 avril 2002 relatif à la Commission nationale de la certification professionnelle.



1.3.3.2. Les conséquences de la loi sur le droit du recrutement des fonctionnaires

La question est de savoir si la loi du 17 janvier 2002, en ce qu'elle a introduit dans le Code de l'éducation une procédure universitaire de validation des acquis de l'expérience, est susceptible d'avoir une influence sur le recrutement des fonctionnaires au-delà des dispositions que les articles 1, 4 et 12 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001¹⁷⁷ et les décrets pris pour son application¹⁷⁸ ont déjà insérées dans le droit applicable en prévoyant une reconnaissance de l'expérience professionnelle en équivalence des titres et diplômes requis pour l'accès aux corps et cadres d'emploi de la fonction publique et une procédure administrative spécifique de cette reconnaissance.

L'application de ces derniers textes pourrait avoir plusieurs effets :

Elle pourrait relativiser la portée des diplômes de formation initiale pour l'accès aux concours, puisque la condition du diplôme trouve là une alternative, en obligeant l'administration à raisonner davantage en savoir-faire ou en compétence professionnelle ;

Elle pourrait obliger à faire évoluer les épreuves des concours qui, si l'on veut que la reconnaissance de l'expérience ne reste pas théorique, devront être conçus d'une façon qui donne aux candidats déclarés recevables à concourir sur la base de leur expérience leur pleine chance, par rapport aux candidats directement issus de la filière scolaire et universitaire ;

Elle pourrait conduire à développer une nouvelle approche de la carrière du fonctionnaire, dans la mesure où l'expérience professionnelle ne sera vraiment valorisée que s'il en est tenu compte au moment de l'affectation dans le premier emploi, puis dans les différents emplois en cours de carrière.

Mais ceci ne paraît pas de nature à exclure que les dispositions du Code de l'éducation relatives à la validation des acquis de l'expérience pour l'obtention d'un diplôme ou titre délivré au nom de l'État par un établissement d'enseignement supérieur (article L. 613-3) ou d'un diplôme ou titre à finalité professionnelle (article L. 335-5) aient **un impact supplémentaire en matière de recrutement dans la fonction publique.**

Cet effet pourrait être, à condition que les procédures de validation prévues par ces articles soient effectivement utilisées par leurs bénéficiaires potentiels et fonctionnent normalement, de dégager un vivier supplémentaire de titulaires de diplômes nécessaires pour l'accès à certains concours administratifs externes. Encore conviendrait-il de veiller

177 - Loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique, ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale.

178 - Décret n° 2001-834 du 12 septembre 2001 relatif à la reconnaissance de l'expérience professionnelle en équivalence des conditions des titres ou diplômes requis pour se présenter aux concours et examens professionnels réservés organisés dans la fonction publique de l'État en application de l'article 1^{er} de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 ; décrets n° 2001-1340 du 28 décembre 2001 et n° 2002-348 du 13 mars 2002 ayant le même objet, respectivement pour la fonction publique hospitalière et pour la fonction publique territoriale.



à ce que les limites d'âge desdits concours externes ne se révèlent pas un obstacle à ce que les diplômés issus de ce vivier puissent être candidats à ces concours.

Dans une situation démographique et une conjoncture économique où, comme on l'a dit plus haut, il est opportun de faciliter à la fois l'entrée dans la fonction publique de personnes qui en sont à la deuxième moitié de leur vie professionnelle et la reconversion interne sur des métiers différents de la fonction publique, il convient en effet de veiller à utiliser cumulativement les potentialités des lois susmentionnées de 2001 et 2002.

Il n'est d'ailleurs pas à exclure qu'en vertu du droit communautaire, il pèse tôt ou tard à cet égard sur notre pays, comme cela a été suggéré plus haut, une obligation proprement juridique.

1.3.4. Droit de la fonction publique et évolution du droit des collectivités territoriales

S'il n'est pas possible de se prononcer dès maintenant en connaissance de cause sur les conséquences pour le droit de la fonction publique des dispositions constitutionnelles qui seront définitivement retenues, et, *a fortiori*, sur les dispositions législatives à venir en matière de décentralisation, on peut néanmoins affirmer qu'elles risquent d'ébranler les milieux de l'administration publique. D'ores et déjà les employeurs territoriaux, relayés par les plus hautes autorités de l'État¹⁷⁹, réclament plus de responsabilités et de souplesse dans la gestion de leurs agents. Cette revendication risque de s'accroître, pour peu que des transferts nouveaux de compétences interviennent impliquant des transferts importants de personnel, comme ce serait le cas si le transfert de compétence en matière d'entretien des établissements scolaires du second degré et de restauration était poussé à son terme, supposant le transfert concomitant, comme il est envisagé, des techniciens, ouvriers et personnels de service de l'Éducation nationale, qui représentent environ 100 000 agents.

D'un autre côté, on risque de voir s'exprimer les craintes des agents de passer d'une fonction publique à l'autre du fait d'un mélange d'incertitudes sur leur devenir professionnel (liées par exemple au régime spécifique d'organisation des avancements dans la fonction publique territoriale), et d'inquiétudes à caractère plus subjectif tenant à la difficulté symbolique de quitter le rattachement à l'État pour passer au service des collectivités territoriales, jugées ne pas incarner la même approche de l'intérêt général¹⁸⁰ ; il faut y ajouter les réticences spécifiques des personnels ouvriers, sociaux ou de santé travaillant

179 - Voir discours de M. Christian Poncelet, Président du Sénat, à l'ouverture de l'assemblée générale de l'Association des petites villes de France en septembre 2002 : « *Point d'acte 2 de la décentralisation sans réforme de la fonction publique territoriale, ni modernisation de son statut [...]. Je plaide, sans tabou, pour plus de souplesse, pour davantage de responsabilités et pour une plus grande liberté des employeurs dans le cadre d'un dialogue social rénové.* »

180 - Il y a, de façon générale, de la part des fonctionnaires de l'État, une assez profonde méconnaissance des métiers et des conditions de travail dans les collectivités territoriales, qui ne peut qu'être préjudiciable à la qualité du climat dans lequel interviendront les transferts envisagés et qu'il convient donc de prendre en compte et de corriger.



dans des établissements scolaires, à être séparés, fût-ce fictivement, du reste de la communauté éducative, dont l'article L. 913-4 du Code de l'éducation nationale rappelle qu'ils sont membres.

Au-delà de ces discours, et pour éclairer les choix qui pourraient devoir être faits dans un proche avenir, on rappellera trois éléments de fait.

En premier lieu, il ne suffirait pas au législateur de décider de faire de tous les fonctionnaires territoriaux des agents contractuels de droit public pour soustraire la collectivité territoriale employeur à l'obligation de réintégration d'un agent illégalement évincé¹⁸¹. Il faudrait aller jusqu'à faire basculer le régime d'emploi de ces fonctionnaires sur le Code du travail pour aboutir, en l'état actuel de la jurisprudence, à ce que le juge judiciaire devenant alors compétent pour connaître de tous les litiges relatifs à l'exécution et à la résiliation du contrat de travail, la conséquence pour l'employeur public d'un licenciement d'un salarié non protégé jugé sans cause réelle et sérieuse cesse d'être une obligation de réintégration pour devenir seulement une obligation d'indemnisation.

Le deuxième élément technique à prendre en considération est que le transfert éventuel sur la fonction publique territoriale de certaines catégories d'agents relevant actuellement de la fonction publique d'État doit impérativement être pesé non seulement au regard de la population actuelle d'agents que représentent ces catégories, mais en termes de flux. La question est en effet de savoir si ce transfert serait ou non de nature à garantir pour l'avenir une facilité plus grande d'adaptation géographique des moyens humains disponibles sur le marché du travail aux exigences des fonctions collectives à assurer, qu'il s'agisse du recrutement initial ou de la gestion des carrières. La réponse à cette question, qui met en jeu des données diverses est loin d'être évidente.

La troisième considération est que le champ légalement possible de l'expérimentation en matière de fonction publique, pour n'être pas totalement inexistant, n'apparaît pas pour autant démesuré. On peut ainsi avoir quelque doute sur la possibilité d'appliquer sans difficultés une disposition législative qui, en supposant définitivement adoptée la révision constitutionnelle en cours sur ce point, tendrait à autoriser telle région ou telle ville à ne pas appliquer pendant une durée déterminée les titres I et III du statut général des fonctionnaires, voire même seulement tels articles de ces titres.

À partir de ces trois constats, et parce que la fonction publique **dans son ensemble** est au service de la Nation et que le rapprochement entre fonctions publiques s'avère de plus en plus souhaitable, il est impératif de chercher activement à mettre en place les ajustements de statut adéquats au fait qu'on ne saurait préjuger définitivement, comme l'histoire l'a suffisamment montré, de la répartition future des compétences entre l'État et les collectivités territoriales.

181 - En effet, selon une jurisprudence constante – qui n'est que l'application des principes découlant de la garantie constitutionnelle que constitue l'existence d'un recours pour excès de pouvoir contre toute décision administrative, même émanant d'une autorité élue au suffrage universel –, l'exécution d'un jugement annulant pour illégalité une décision mettant fin explicitement ou de façon déguisée aux fonctions d'un agent public contractuel oblige l'autorité administrative à le réintégrer pour la durée restant à courir de son contrat, voir notamment CE, 22 novembre 2002, Janky et Région Guadeloupe, n^{os} 163040 et 193736.



Deuxième partie

Propositions

Il ne faut pas s'attendre à trouver dans les développements qui suivent le dessin d'un modèle de fonction publique française du XXI^e siècle qu'il suffirait à d'autres de graver dans le marbre. Ce n'est en effet pas au Conseil d'État d'en décider. En revanche, sur le fondement de ses attributions, telles qu'elles ont été rappelées en introduction de ces considérations générales, il lui appartient, dans ce domaine comme dans d'autres, d'émettre **un éventail de propositions** propres à approfondir le débat public et à clarifier la portée des alternatives. Ces propositions entre lesquelles il appartiendra aux décideurs de faire leur choix porteront d'abord sur les objectifs, puis sur les principales questions à traiter¹⁸².

2.1. Sur les objectifs

Il ressort à l'évidence des analyses qui précèdent que notre système de fonction publique doit, s'il veut pouvoir prendre en compte les données auxquelles il se trouve confronté, évoluer en profondeur. Cela devrait suggérer, de la part de tous les acteurs intéressés, représentants élus des citoyens, gestionnaires et usagers des services publics, agents publics, organisations syndicales, une même démarche comportant trois volets : dégager rapidement les axes d'une évolution globale maîtrisée ; recueillir un possible consensus sur un principe directeur simple ; s'appuyer pour la mise en œuvre de ce principe sur deux partis essentiels.

182 - Sur la même interrogation sur l'avenir de la fonction publique, voir Jean-Louis Moreau, « Faut-il abroger le statut général des fonctionnaires ? », *AJDA*, septembre 1986, p. 491 ; Jean-Michel Lemoyne de Forges, « Le modèle français de fonction publique a-t-il un avenir ? », *Revue administrative*, n° 288 ; Dominique Le Vert, « Le statut de la fonction publique a-t-il un avenir ? », *RFAP*, mars 1989 ; Maurice Blin, « Quelle fonction publique demain ? », *Revue administrative*, 1991, p. 493 ; René Bidouze, « Où va la fonction publique française ? », *Revue administrative*, septembre 1996, p. 501 ; Marcel Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA*, janvier 2000 ; Anicet Le Pors, « La fonction publique, une création continue », *Cahiers de la fonction publique*, janvier 2000, « La conception française de la fonction publique se porte bien pourvu qu'on la défende », *Revue administrative*, n° 284, p. 159 ; Dominique Perben, « Le statut général des fonctionnaires, sortir de l'immobilisme, pour sauver le statut », *Cahiers de la fonction publique*, janvier 2000.



2.1.1. Dégager rapidement les axes d'une évolution globale maîtrisée

Objectivement le temps presse sur plusieurs dossiers analysés dans la première partie, qu'il s'agisse de l'accélération du renouvellement démographique déjà en cours, de la diversité des mises en demeure pesant sur la France en matière de libre circulation des travailleurs, de la mise au point de la nouvelle nomenclature budgétaire et d'indicateurs de performance pertinents conformément aux prescriptions de la loi organique relative aux lois de finances avant l'élaboration proprement dite, en 2005, du projet de loi de finances pour 2006 ou d'une nouvelle étape probable de la décentralisation dès 2003.

Certes, il est prévisible que, comme cela a déjà été le cas dans le passé sous la contrainte d'évènements extérieurs¹⁸³, des aménagements pourront être trouvés en fonction des problèmes concrets à résoudre. Cependant le risque est que des solutions ponctuelles ne suffisent pas à éclairer l'horizon ou ne prennent pas suffisamment en compte les grands objectifs à atteindre.

Or, un dialogue confiant avec des interlocuteurs variés montre que, subjectivement, la demande de visibilité à long terme est très forte. Devant l'amoncellement des interrogations sur la fonction publique, les réactions ne sont évidemment pas identiques, selon le rôle joué sur la scène sociale, mais, en fait, elles expriment une volonté de maîtrise de l'évolution et très souvent, notamment de la part des organisations syndicales, une claire perception de l'ensemble des données à prendre en compte et des faits à anticiper.

Les axes d'une évolution globale maîtrisée de la fonction publique ne seront pas pour autant faciles à arbitrer, comme on le verra plus loin en explicitant les principales questions à trancher. Cela devrait être une raison supplémentaire de s'engager sans tarder dans un processus multiforme de réflexion et de synthèse préalable.

2.1.2. Recueillir un possible consensus sur un principe directeur simple

Le principe pourrait, semble-t-il, être formulé ainsi : l'organisation de la fonction publique doit permettre, dans le respect des valeurs fondatrices et des principes de base de la fonction publique, l'adaptation des ressources humaines aux missions du service public et aux métiers et qualifications professionnelles qu'elles impliquent.

S'il ne paraît pas téméraire d'envisager un consensus sur un tel principe directeur, c'est d'abord parce que prévaut largement chez les citoyens, quel que soit leur statut professionnel et social, la conviction que c'est à la fonction publique de s'adapter, dans son organisation, aux missions qu'elle doit remplir, telles qu'elles sont définies par le pouvoir politique, pour répondre aux besoins évolutifs des usagers, à leur diversité et à leurs mutations et non l'inverse.

183 - Cf. notamment pour la période de 1955-1965, « Les problèmes actuels de la fonction publique », cours professé à l'ENA en 1967 par M. Marceau Long.



C'est aussi parce qu'il existe une aspiration profonde parmi les agents publics, quel que soit leur rang dans la hiérarchie, à une gestion qui donne toute leur place aux notions de métiers, de fonctions à exercer, de compétences professionnelles acquises ou à acquérir, aussi bien pour la détermination des besoins en effectifs que pour les procédures de recrutement, la formation initiale et continue, le déroulement de carrière et la promotion. **Cette aspiration à une professionnalisation accrue va de pair avec un attachement très fort aux valeurs d'intégrité, d'impartialité, de justice et de service ; valeurs dont la reconnaissance est à l'origine des choix d'organisation de la fonction publique française.**

Il paraît opportun d'en rester à ce seul principe directeur, à la fois pour ne pas courir le risque ¹⁸⁴ de perturber le débat sur la fonction publique avec d'autres débats comme celui de la juste détermination de la nature et de l'étendue des missions à remplir par l'État et, plus généralement, par les collectivités publiques, et pour ne pas anticiper prématurément sur les réponses à apporter aux questions d'ordre plus technique à trancher pour donner vie à ce principe directeur.

2.1.3. S'appuyer, pour la mise en œuvre de ce principe, sur deux partis

Les développements qui précèdent, ont mis en évidence le lien qu'il y a entre le redressement des pratiques et l'évolution du cadre juridique et l'exigence de pluralité des instruments de régulation de toute relation de travail subordonné. Il n'est pas inutile de revenir sur chacune de ces questions.

2.1.3.1. La liaison entre redressement des pratiques et évolution du cadre juridique

On s'est interrogé, à propos des explications susceptibles d'être apportées aux difficultés de la gestion quotidienne des agents publics, sur le point de savoir si ces difficultés provenaient de la pratique des gestionnaires, par manque de discernement ou de courage, ou du cadre juridique dans lequel s'inscrit cette pratique, pour conclure que, si le statut général actuel ne compromettrait pas a priori une gestion performante des ressources humaines, il devait être constaté que son application avait, sur certains points, conduit à des habitudes contestables, mais cela, vraisemblablement aussi, dans une certaine mesure, parce que sa conception et sa lettre s'y prêtaient.

Certes, le mouvement se prouve en marchant et l'impact des pratiques innovantes dans la gestion quotidienne ¹⁸⁵ rappelées tout au long des présentes Considérations ne doit pas être sous-évalué. Cependant il faut reconnaître qu'il

184 - Risque que n'évite pas toujours la littérature à ce sujet.

185 - Qui ont conduit à de nombreux travaux sur ce sujet dans les années récentes, notamment sous l'égide du Commissariat général du Plan et de la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique. Voir, par exemple, les rapports précités : *Gestion des ressources humaines dans l'administration et Gestion de la fonction publique : une méthode.*



est quasiment impossible de modifier des habitudes installées au cœur d'un système sans toucher peu ou prou à celui-ci ¹⁸⁶, et toute la question paraît en réalité celle du degré d'évolution nécessaire pour aider à un changement rapide, général et durable des pratiques. Au demeurant, un système doit être apprécié moins au regard de ce qu'il est susceptible théoriquement de permettre qu'au regard de ses résultats réels. Toute norme induit en effet des comportements, comme cela est mis en lumière depuis longtemps par les analystes reconnus de l'administration et plus généralement du fonctionnement des institutions ¹⁸⁷, sans qu'ils soient suffisamment écoutés.

Enfin, pas plus qu'en d'autres matières, il n'y a pas lieu, en matière de fonction publique de s'interdire *a priori* d'envisager d'apporter, avec tact et mesure, à une législation les réformes que l'évolution des circonstances de fait et de droit pourrait rendre opportunes.

2.1.3.2. La pluralité des instruments de régulation de toute relation de travail

Toute relation de travail subordonné dans une structure, publique, privée ou semi-publique est, dans le monde actuel, nécessairement encadrée par plusieurs instruments juridiques : – la norme générale et impersonnelle, émanant de la puissance publique et qui définit les règles de base que celle-ci entend voir appliquer à cette relation de travail ; – le pouvoir de direction des responsables de la structure, ministres, chefs de service, directeurs d'établissement, chefs d'entreprise... ; – l'accord collectif, implicite ou explicite, des membres de la structure ou de leurs représentants ou délégués, sur le régime d'ensemble dont il est fait application ; – le contrat individuel, formalisé ou non, de l'intéressé, fixant des droits et obligations spécifiques de celui-ci à l'égard de son employeur et réciproquement. Ces instruments régulent dans le temps la relation de travail subordonné.

Certes, dans le régime actuel de travail des agents publics, les instruments que sont l'accord collectif et le contrat individuel n'ont, en droit, qu'un rôle des plus réduits. Cependant, au-delà de l'approche conceptuelle, l'observation de la vie des administrations publiques met en évidence que le pouvoir de direction des chefs de service doit s'appuyer sur la recherche de consensus, individuels ou collectifs, dont l'existence, même si elle ne donne pas lieu à formalisation juridique, est déterminante dans les comportements humains et l'efficience des services.

Certes également, on peut faire valoir que l'intervention du législateur dans le droit privé du travail a eu historiquement pour but de protéger le salarié, partie faible dans la négociation contractuelle, tandis que l'encadrement législatif du régime du travail dans la fonction publique a pour justification première l'intérêt des usagers des services publics. Toutefois le Code du

186 - Voir Bernard Abate, « La nouvelle gestion publique », *LGDJ*, 2000.

187 - Voir les ouvrages de Michel Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, précité ; Jacques Chevallier, *Science administrative*, PUF, 1^{re} édition 1986 ; Yves Meny et Jean-Claude Thoenig, *Politiques publiques*, PUF, 1989.



travail contient maintes dispositions dont le but est, au-delà de la protection des salariés, de répondre à des exigences d'intérêt général, comme la valorisation des savoir-faire et des aptitudes ou la sécurité du public. Enfin, de manière plus générale, une approche concrète de l'objet du travail et des conditions de travail a mis en évidence, notamment à l'occasion de conflits sociaux dans des secteurs tels que la santé ou les transports, le parallélisme et l'interdépendance des situations des professionnels du secteur public et du secteur privé.

Ainsi, à regarder les choses avec suffisamment de détachement, on est conduit à admettre que, s'il existe, suivant les professions, des différences dans le mode de combinaison des instruments juridiques d'organisation de la relation du travail, il n'existe pas aujourd'hui de différence de nature fondamentale dans le « statut du travailleur » du seul fait qu'il est employé soit par une entreprise privée, soit par une entreprise publique, soit par l'administration.

Sans doute est-ce, d'ailleurs, cette considération qui a conduit le Conseil d'État à faire un certain nombre de fois application, dans la solution de litiges en matière de fonction publique, de principes généraux du droit du travail « dont s'inspire » telle ou telle disposition du Code du travail¹⁸⁸. Elle mérite en tout cas de nourrir les réflexions sur le droit de l'activité professionnelle¹⁸⁹.

2.2. Sur les principales questions à traiter

Le parti retenu à cet égard a été guidé par une idée simple : s'efforcer de déterminer et d'apprécier distinctement pour chaque question les réponses possibles en évitant d'esquisser prématurément un projet global.

Ainsi a-t-on choisi de traiter successivement des cinq questions suivantes : quelle particularité des règles de fond pour la fonction publique ? Quelle place au contrat dans le droit de la fonction publique ? Quelle structure de gestion pour la fonction publique d'État ? Quelle architecture et quel pilotage pour l'ensemble de la fonction publique ? Quelle organisation du dialogue social dans la fonction publique ?

188 - Voir infra, p. 318.

189 - Sur ce sujet voir notamment Alain Supiot, « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Droit social*, n° 3, mars 1997, p. 229.



2.2.1. Quel particularité des règles de fond pour la fonction publique ?

La particularité de la fonction publique réside en ce que les règles de fond applicables aux agents publics dans leur relation de travail avec la collectivité publique qui les emploie ne sont pas celles résultant du droit du travail applicable aux salariés d'entreprises privées ¹⁹⁰.

La question de savoir si cet état de choses reste aujourd'hui pertinent en France ne peut être abordée de façon utile sans un minimum de références à l'évolution des idées à ce sujet, non seulement en France mais dans d'autres pays européens.

Elle implique surtout un débat approfondi, successivement sur deux questions distinctes : quel champ, puis quel contenu à la particularité ?

2.2.1.1. *Quel champ à la particularité ?*

Sous cette formulation, on entend poser la question de savoir si tous les agents employés par l'État ou d'autres collectivités publiques doivent l'être sous un régime dérogatoire au droit commun. Les diverses réponses données à cette question au fil du temps en France et à l'étranger méritent attention, avant d'apprécier la nécessité ou non d'une réduction du champ actuel de la particularité en France.

L'évolution du débat sur le champ de la particularité

L'idée qu'administrer n'est pas un métier comme les autres et que les agents en charge de cette magistrature morale doivent à la fois être revêtus des marques de cette dignité et soumis à des règles garantissant le principe d'autorité du gouvernement a été retenue en France dès qu'il a été question d'un statut des fonctionnaires, c'est-à-dire dès le début du XIX^e siècle ¹⁹¹.

190 - Voir Alain Plantey, *La fonction publique*, Traité général, Litec 1991 : « Peu à peu s'est donc édifiée une doctrine suivant laquelle la fonction publique est soumise à un régime juridique autonome, différent du droit privé, exclusif des clauses et des règles qui s'appliquent au contrat de travail... Ce particularisme l'oppose de façon catégorique aux systèmes politiques où le service de l'État est considéré comme un métier analogue aux autres, justiciable de relations contractuelles entre l'employeur et ses préposés. »

191 - Voir en particulier le rapport de M. Dufaure sur la proposition de loi de MM. Haussouville, de Salneuve, Saint-Marc Girardin, de Gasparin, de Saint-Aulaire et Belmont (1845) : « Les auteurs du projet de loi rapporté espèrent que par quelques règles simples, prudentes, uniformes et revêtues d'une autorité légale, il ne serait pas impossible d'obtenir, pour toutes les branches de notre administration, que les emplois fussent donnés aux mérites et que l'avancement fût la récompense du travail... Les délégués du pouvoir exécutif, ceux auxquels appartient plus spécialement le rôle de fonctionnaire public, ont sur la société une action considérable et de tous les instants. C'est par eux que le pouvoir dirige tout, surveille tout, protège tous les droits, touche à tous les intérêts. Ils sont chacun, dans la proportion d'autorité qui lui est conférée, le pouvoir en action, se manifestant au regard de chaque citoyen ; intermédiaires obligés, le gouvernement ne connaît que par eux les besoins et les vœux de ses administrés et nombre d'administrés ne voient le gouvernement que dans les fonctionnaires qu'ils approchent de plus près ». D'où, comme conséquence, le fonctionnaire « ne s'appartient plus entièrement ; il ne vit plus de la vie libre et volontaire des autres citoyens » ; pas de commerce, d'industrie ; pas de fortune à faire. « Toute sa vie est dans la situation qu'il peut légitimement se promettre de conquérir et dans des récompenses prévues. » (Addition à la séance du 12 juillet 1845).



Les débats qui se sont déroulés au tournant du XIX^e siècle et du XX^e, à propos du statut des fonctionnaires, et plus spécifiquement de leur éventuel droit à s'associer ou à se syndiquer (le droit de grève n'ayant jamais vraiment été envisagé au bénéfice des fonctionnaires à cette époque ¹⁹²) sont révélateurs de cette approche. Dans le projet qu'il dépose au nom du gouvernement, le 25 mai 1909, devant le Parlement, « sur le statut et le droit d'association des fonctionnaires », le Président du Conseil, Georges Clemenceau s'exprime ainsi : « ce qui importe, c'est, quel que soit le régime législatif applicable, de concilier le principe de liberté d'association, dont se prévalent les fonctionnaires, d'abord avec le caractère des exigences de leurs fonctions et surtout avec le principe d'autorité, dont le gouvernement a le dépôt et qu'il ne peut laisser péricliter entre ses mains sans mettre en péril l'existence même de la nation... L'institution d'un droit particulier se justifie d'autant mieux que les fonctionnaires ont dans l'État une situation à part. Ils jouissent de véritables privilèges par rapport aux simples citoyens. En effet ils sont rémunérés au moyen de traitements fixés par la loi ; ils sont mis par elle à l'abri de tout chômage et, à l'heure où, par suite de l'âge ou des infirmités qu'ils ont contractées, ils doivent cesser leurs fonctions, une retraite leur est assurée. Il est normal qu'à cette condition spéciale des fonctionnaires réponde un droit spécial en matière d'association [...] » ¹⁹³.

Cette position des pouvoirs publics était contestée par les premiers mouvements organisés de fonctionnaires, d'abord sous la qualification de société de secours mutuel, puis sous celle de syndicat après le vote de la loi du 21 mars 1884, malgré la jurisprudence de la Cour de cassation ¹⁹⁴, ou encore sous celle

192 - Dans son rapport déjà évoqué, du 11 juillet 1907, M. Jeanneney, pourtant favorable au droit syndical au bénéfice des fonctionnaires, se montre vigoureusement défavorable à leur droit de grève, parlant de péril ou même de « désastre » auxquels conduirait une grève dans des services, comme les chemins de fer ou les ateliers de la guerre ou de la marine et il fait de la révocation « la sanction de leur cessation concertée du service : leur remplacement immédiat et définitif sera prononcé ».

193 - Annexe n° 2 511 à la séance du 25 mai 1909, documents parlementaires – Chambre, p. 1 179 ; voir également de Georges Clemenceau, sa lettre aux délégués des instituteurs : « **Aucun des gouvernements n'acceptera jamais que les agents des services publics soient assimilés aux ouvriers des entreprises privées, parce que cette assimilation n'est ni raisonnable ni légitime.** Vous êtes pourvus d'un emploi par décision officielle et vous ne pouvez en être privé que dans certaines conditions fixées par la loi. Vous prenez place dans une société hiérarchisée où vous recevez pour un nombre limité d'heures de travail un traitement établi par la loi ; où vous bénéficiez d'un avancement régulier à l'abri des crises économiques ; où le droit vous est donné de faire appel de toutes mesures préjudiciables à un conseil composé pour partie de délégués élus par vous ; où vous jouissez d'avantages divers tel qu'un traitement de congé pendant la maladie, la gratuité de l'enseignement secondaire pour vos enfants, des réductions sur les tarifs de chemin de fer ; où il vous est constitué une retraite servie par l'État ; où vous n'avez ni à débattre le taux de votre rémunération, ni à vous prémunir contre la baisse des salaires, ni à vous assurer contre le chômage, ni à redouter un lendemain sans travail ou sans retraite, où pour conclure, vous apparaissez bien comme formant dans la société une catégorie spécialement avantagée, avec des droits et même, j'ose le dire, avec des devoirs particuliers. »

194 - Voir Cour de cassation, 27 juin 1885 – Dalloz 1886,1, 137 : « Attendu que la loi sur les syndicats professionnels n'a point été rendue applicable à toutes les professions ; que les travaux préparatoires ont constamment affirmé la volonté du législateur d'en restreindre les effets à ceux qui appartiennent, soit comme patron, soit comme ouvrier ou salarié à l'industrie, au commerce et à l'agriculture, à l'exclusion de toutes autres personnes et toutes autres professions... Que la loi refuse ainsi les droits et la forme de syndicat à tous ceux qui n'ont à défendre aucun intérêt industriel, commercial ou agricole, ni par suite aucun intérêt économique se rattachant d'une façon générale à l'un des intérêts précédents... »



d'association après le vote de la loi du 1^{er} juillet 1901, dont l'application ou non aux fonctionnaires a également entraîné de vifs débats. D'emblée, ces organisations avaient revendiqué l'application aux fonctionnaires des règles juridiques et sociales de droit commun¹⁹⁵, et cette revendication s'est accentuée pendant toute la première moitié du XX^e siècle, à partir de l'idée que les fonctionnaires sont des travailleurs comme les autres et que leur régime doit dès lors être déterminé dans le cadre de conventions collectives de droit commun. Cette approche connaîtra une certaine officialisation avec la proposition de loi dite « Allard », du nom du député socialiste qui l'a déposée, le 1^{er} juillet 1909 et qui prévoit que « *le statut spécial à chaque fonction (rémunération, avancement, conditions du travail, discipline) sera établi d'un commun accord par les représentants de l'État et les représentants du syndicat ou de l'association des fonctionnaires de la catégorie intéressée* », même si le projet ajoute que « *le statut spécial résultant de l'accord intervenu sera inséré au Journal officiel en la forme d'un décret portant règlement d'administration publique* ».

Cependant cette approche n'a jamais été reprise par le gouvernement ou par le parlement dans le cadre des divers rapports et projets adoptés en commission sur le sujet et le Conseil d'État a, pour sa part, consacré très tôt le régime particulier des agents publics.

L'idée de particularité de la fonction publique, idée d'inspiration libérale, n'a d'ailleurs jamais été propre à la France. Le terme de « *Berufsbeamtentum* », qui désigne traditionnellement outre-Rhin l'ensemble des fonctionnaires de carrière est très significatif : il exprime l'idée d'un « *état* » aux caractéristiques précises, aujourd'hui garanti par l'article 33 de la Loi fédérale. En Angleterre même, où l'on affirme volontiers que les agents de la couronne sont des citoyens comme les autres, le *Civil Service* apparaît néanmoins comme une profession sans commune mesure avec les autres et comme un groupe social aux traditions bien affirmées¹⁹⁶ ; le droit commun n'est applicable à ces agents que pour autant que la Couronne en a décidé ainsi. Jusqu'à l'avènement d'Édouard VII, il fallait, à chaque changement de règne, le fonctionnaire étant regardé comme au service personnel du roi, confirmer par un acte expès tous les fonctionnaires dans leur poste.

195 - Voir « Le manifeste des instituteurs syndicalistes », publié dans *L'Humanité* du 24 novembre 1905 : « *Ce n'est pas au nom du gouvernement, même républicain, ni au nom de l'État, ni même au nom du peuple français, que l'instituteur confère son enseignement ; c'est au nom de la vérité... Il découle de ces principes que le corps des instituteurs a besoin de toute son autonomie... Par leur origine, par la simplicité de leur vie, les instituteurs appartiennent au peuple... Nous voulons entrer dans les bourses du travail, pour y prendre de belles leçons de vertu corporative...* »

196 - Voir rapport, rédigé en 1853, dit Trevelyan du nom du secrétaire permanent de la Trésorerie qui en est l'auteur, Sir Charles Trevelyan, qui est à l'origine de l'organisation moderne de la fonction publique anglaise : « *Le fardeau toujours plus lourd des affaires politiques... ne pouvait être porté sans un corps efficace de fonctionnaires permanents, occupant comme il se doit une position subordonnée par rapport aux ministres, mais possédant néanmoins assez d'indépendance, de caractère, de valeur et d'expérience pour être capables de conseiller, d'assister et dans une certaine mesure d'influencer ceux qui sont placés successivement au-dessus d'eux.* »



En fait, ce n'est qu'aux États-Unis qu'on trouve une tradition de rejet de la particularité. Le *Four Year Tenure of Office Act* de 1820 établissait la règle selon laquelle un très grand nombre de fonctionnaires devaient, tous les quatre ans, rendre compte de leur gestion et obtenir confirmation de leur investiture. Il fallut, malgré les objurgations du Président Lincoln demandant, dès les années 1860, qu'il soit mis fin à ce système qualifié de système des dépouilles¹⁹⁷, attendre l'assassinat d'un Président et une loi du 19 janvier 1883 dite *Pendleton Act*, pour que la loi de 1820 soit abrogée, mais l'esprit qui l'anima demeure vivace.

En France, d'emblée, dans la jurisprudence puis dans les textes, le champ de la particularité a été conçu de façon très large, allant au-delà des agents sous statut de fonctionnaire (ou d'ouvrier d'État s'agissant des grandes régies traditionnelles poudres, alcools, tabacs, allumettes...) pour s'étendre à la plupart des agents contractuels, en vertu de l'idée qu'étant destiné à garantir l'autorité et les prérogatives de l'État, il a en principe vocation à englober tous les agents que l'État emploie.

Pour autant, la possibilité pour les collectivités publiques d'employer des personnes sous le régime du droit privé n'a jamais été totalement fermée. Ainsi le Conseil d'État a-t-il tiré les conséquences du fait que lorsque l'État, au lieu de concéder à une personne privée l'exploitation d'un service public industriel et commercial, le prend en charge en créant à cette fin un établissement public à caractère industriel et commercial, les relations individuelles entre l'employeur et le personnel, pas davantage que les relations individuelles entre l'établissement public et ses clients, ne mettent en cause les principes fondamentaux de l'administration publique, et il n'y a, dès lors, de motif légitime d'être soustraits au droit commun.

Selon une jurisprudence constante depuis 1923¹⁹⁸, la règle est donc que, dans les services publics industriels et commerciaux érigés en établissements publics, seuls relèvent d'un statut de droit public les agents chargés de la direction de l'ensemble des services de l'établissement et le chef de la comptabilité, lorsque ce dernier possède la qualité de comptable public.

Seul le législateur peut déroger à cette règle, comme il l'a au demeurant fait à de nombreuses occasions, par exemple par l'article 1^{er}-IV de la loi du 23 décembre 1964, devenu l'article L. 122-3 du Code forestier, pour les agents de cet établissement public industriel et commercial qu'est l'office national des forêts et, par les dispositions des articles 29 et suivants de la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, pour les agents de La Poste et de France Telecom recrutés dans le cadre des corps spécifiques de ces organismes.

197 - « *Si jamais ce peuple libre, si ce gouvernement devenaient complètement démoralisés, ce sera à cause de ses agitations et de ses luttes pour les emplois.* » (Président Abraham Lincoln.)

198 - CE, 26 janvier 1923, Robert Lafreygère, p. 67, RDP 1923, p. 237, concl. Rivet ; Section, 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, p. 157, D. 1957, P ; 327, concl. Mosset ; Section 17 avril 1959, Abadie, p. 239, concl. Henry.



S'agissant des services publics industriels et commerciaux non dotés de la personnalité morale, les statuts généraux de 1946 et 1959 ne revenaient pas sur la jurisprudence, puisqu'ils excluèrent explicitement de leur champ « *les personnels des administrations, services ou établissements à caractère industriel et commercial* »¹⁹⁹. Le principe était donc, comme le rappelle le commissaire du gouvernement dans l'affaire Level du 15 décembre 1967²⁰⁰, que le personnel d'un service ou d'un établissement public relève du droit privé, dès lors que le service ou l'établissement a un caractère industriel et commercial, soit par nature, soit par détermination de la loi. Les termes de la loi du 13 juillet 1983 sont beaucoup plus ambigus puisqu'ils disposent que « *dans les services et établissements publics à caractère industriel ou commercial, la loi ne s'applique qu'aux agents qui ont la qualité de fonctionnaire* », sans préciser dans quelles conditions ces services ou établissements peuvent avoir recours à des agents ayant la qualité de fonctionnaires. Dans la pratique, la règle demeure, comme par le passé, que les agents recrutés en qualité de contractuels par des services à caractère industriel ou commercial gérés en régie le sont sous un régime de droit privé²⁰¹, mais la question se pose de savoir si cette règle ne doit pas être combinée, s'agissant notamment des collectivités territoriales, avec la règle selon laquelle les emplois permanents doivent être occupés par des agents titulaires.

Il avait également été admis, pendant longtemps, que pouvaient être recrutés sous régime de droit privé les agents contractuels appelés à exercer, dans un service public à caractère administratif, des fonctions ne les faisant pas directement participer à l'exercice des missions de service public²⁰². Il a été mis fin à cette souplesse par une jurisprudence du Tribunal des conflits de 1996²⁰³, pour des raisons d'unité du statut des agents des services publics administratifs et de simplification de la jurisprudence.

La légitimité de l'extension du champ de la particularité à l'ensemble des agents employés dans les services publics à caractère administratif n'a jamais été totalement admise, la question ayant en fait toujours été posée d'une limitation de cette particularité à une partie seulement de la fonction publique, c'est-à-dire schématiquement aux agents relevant des fonctions régaliennes.

199 - Le principe peut surprendre, car au moment même où sont rédigés ces statuts, les fonctionnaires déjà présents dans des services industriels en régie de l'État, comme les Monnaies et médailles, l'Imprimerie nationale ou les ateliers de réparation et d'entretien des postes et télécommunications ou des Ponts et chaussées, se comptent par milliers. Voir André Delion : « Les services industriels en régie de l'État », *Droit social*, janvier 1963, p. 1.

200 - CE, Section, 15 décembre 1967, Level, ; A.J. 1968, p. 228, chron. Jean Massot et Jean-Louis Dewost, p. 230, concl. Braibant.

201 - T.C., 24 novembre 1997, Barrant c/ District de Belfort, n° 3070.

202 - CE, Section, 4 juin 1954, Vingtain et Affortit, p. 342, concl. Chardeau.

203 - TC, 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre Conseil des prud'hommes de Lyon, souvent qualifié d'arrêt Berkani ; *AJDA*, 20 mai 1996, P. 355, chron. Jacques-Henri Stahl et Didier Chauvaux.



Au début du XX^e siècle, un vif débat a divisé la doctrine sur ce point. Certains juristes ²⁰⁴ proposaient de distinguer les « *fonctions d'autorité* » et les « *fonctions de gestion* » (les premières faisant « *participer au pouvoir de commander* » et les secondes consistant à procéder à des actes de gestion pour le compte de la personne publique) et d'appliquer « *les lois du travail* » aux fonctionnaires de gestion. Cette distinction, il est important de le souligner, n'était pas une distinction entre supérieurs qui commandent et subalternes qui exécutent. Berthelemy relevait en effet « *il y a des fonctionnaires subalternes dont le rôle est de ne faire que des actes d'autorité : un garde champêtre par exemple ; il y en a de supérieurs dont le rôle est de ne faire que des actes d'exécution, comme un ingénieur en chef* ». D'autres juristes dans la ligne de l'école du service public, animée en particulier par Léon Duguit contestaient une telle distinction, au motif que « *ce qui fait le fonctionnaire, ce n'est pas la nature des actes qu'il accomplit, c'est la participation permanente et normale au fonctionnement d'un service public* » ²⁰⁵.

Ce débat a eu un certain écho au Parlement, lors des discussions sur l'éventuelle reconnaissance du droit syndical pour les fonctionnaires. Louis Barthou, favorable à cette idée, a en effet suggéré, dans son rapport établi en 1903, au nom de la commission du travail, sur les modifications à apporter à la loi de 1884, et pour faire mieux passer son idée, qu'il soit fait une distinction entre les fonctionnaires proprement dits, auxquels serait refusé le droit de se syndiquer, et les employés et ouvriers de l'État, des départements et des communes, auxquels le droit serait reconnu. Pour lui, les premiers étaient des agents « *qui ont une part de l'autorité publique, c'est-à-dire ceux qui ont le droit de commander et de prendre des décisions en vertu d'une délégation de l'autorité publique* » et les seconds « *ceux qui accomplissent des besognes purement exécutives et techniques, les employés de bureau, les commis, les employés de chemin de fer, de l'État des postes et télégraphes, les professeurs, les ingénieurs, les archivistes* ». En 1919, le Sénat votera un texte allant dans le même sens, disposant que la loi du 21 mars 1884 est applicable « *aux employés et ouvriers de l'État, des départements, des communes et des établissements publics qui ne détiennent aucune portion de la puissance publique* » ²⁰⁶. La distinction a été ensuite reprise dans le projet de statut élaboré en 1939 par la « *Mission des fonctionnaires* », constituée en son sein par le Comité de la « *Hache* », chargé en 1939 de rechercher des économies dans le fonctionnement de l'État, puis dans le statut dit de Vichy résultant de la loi du 14 septembre 1941 qui excluait de son champ les agents dont les emplois sont analogues aux emplois privés.

Les statuts généraux de 1946 et de 1959, comme celui de 1983-1984, ont clairement opté pour le rejet de la distinction et donc pour l'unité de la fonction publique. Pour autant, dès 1954, dans son ouvrage sur la fonction publique, Roger Grégoire, premier directeur de la fonction publique, relançant le débat et prenait clairement parti, en préconisant de « *rompre l'unité du*

204 - Henri Berthelemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e éd. 1930, p. 54 et suivant.

205 - Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd. 1930, p. 18 et *L'État, les gouvernants et les agents*, p. 397.

206 - Sénat, séance du 19 avril 1919, *JO Sénat*, 20 avril, p. 670.



régime de la fonction publique »²⁰⁷, et en 1968, le club Jean Moulin va lui emboîter le pas dans son ouvrage de réflexion : « *Pour nationaliser l'État* »²⁰⁸, en suggérant que la particularité soit réservée, « *d'une part, à ceux dont le rôle est une magistrature, comprise au sens le plus large et qui doivent être mis à l'abri de l'arbitraire du pouvoir, de la pression des intérêts et, d'autre part, à ceux qui ont pour mission d'appliquer une politique, d'opérer des synthèses dans le commandement et qui doivent disposer d'une autorité spéciale* ».

C'est, au demeurant, la distinction traditionnellement faite dans plusieurs pays européens.

En Allemagne notamment, on distingue d'un côté les fonctionnaires, et de l'autre les employés et ouvriers. Les premiers, placés sous un régime statutaire et réglementaire de droit public, sont en principe chargés de fonctions de puissance publique, la Constitution²⁰⁹ disposant « *en règle générale, l'exercice de la puissance publique doit être confié à titre permanent à des membres de la fonction publique placés dans un rapport de service et de fidélité de droit public* ». En fait, le statut de fonctionnaire va au-delà du champ ainsi défini et vise non seulement des agents qui correspondent bien à ce critère comme les juges, les policiers, les pompiers, les agents des administrations pénitentiaires, mais aussi la majorité des enseignants. Les employés et ouvriers pour leur part

207 - « *De nos jours, beaucoup d'administrateurs ne participent pas à l'activité gouvernementale ; ils n'exercent ni pouvoir de contrôle, ni droit de coercition à l'égard des administrés. La nature et l'importance de leur activité ne sauraient justifier un régime essentiellement distinct de celui de leurs homologues du commerce et de l'industrie. Par contre, il est évident que pour d'autres, les vieilles conceptions statutaires valent toujours et qu'il importe plus que jamais de s'en inspirer. Il faut alors se demander en toute objectivité, si un souci d'uniformité excessif et un égalitarisme sans rapport avec la véritable démocratie ne nous ont pas conduit à une impasse : statut général commun à tous les fonctionnaires, classement unique ne sont-ils pas incompatibles avec les besoins d'administration contemporaine ? La plupart des difficultés actuelles seraient, sinon résolues, du moins simplifiées si les agents étaient soumis à des régimes différents selon la nature et le niveau de leurs fonctions. La vieille distinction entre fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion, la tentative malheureuse du gouvernement de fait pour distinguer les fonctionnaires des employés portaient d'une idée fondamentalement juste et qui mériterait d'être reprise.* » (Ouvrage précité, p. 345.)

208 - « *Ne faudrait-il pas d'abord cesser de sacraliser automatiquement tout agent de l'État, ce qui a pour effet de constituer une masse croissante et indistincte de personnes dotées d'un statut particulier, d'attributs séparateurs ? Toute fonction exercée aux frais de l'État ne nécessite pas que celui qui l'exerce soit revêtu de cette dignité sacerdotale, avec les garanties et les servitudes qu'elle comporte. Beaucoup de tâches accomplies pour le compte de l'État n'ont besoin ni de la sublimation, ni de la protection, ni des restrictions que comporte l'action de la puissance publique. Ne pourraient-elles être confiées à des agents ayant les mêmes qualifications que ceux des organismes privés et liés à leur employeur par le même type de contrat ? Ainsi éviterait-on de créer dans une même spécialité deux catégories de professionnels – la publique, la privée – et de rendre si mal aisé le passage de l'une à l'autre. Ainsi beaucoup plus de citoyens auraient-ils vocation à participer à la fonction publique et le feraient-ils, à tel ou tel moment de leur carrière, sans être obligés d'entrer dans les ordres ou de défrayer. Les hommes de l'État proprement dits pourraient être beaucoup moins nombreux. Cette qualification serait réservée à deux sortes de fonctionnaires. D'une part à ceux dont le rôle est une magistrature, comprise au sens le plus large et qui doivent être mis » à l'abri de l'arbitraire du pouvoir, de la pression des intérêts. D'autre part, à ceux qui ont pour mission d'appliquer une politique, d'opérer des synthèses dans le commandement et qui doivent disposer d'une autorité spéciale... » Réflexion d'un groupe d'études, *Pour nationaliser l'État*, le Seuil, 1968.*

209 - Article 33 alinéa 4 de la loi fondamentale de 1949.



sont placés sous un régime de droit privé, dont l'essentiel est défini dans le cadre de conventions collectives. Il existe en particulier une convention collective fédérale des employés d'administration et une convention collective cadre des ouvriers de la Fédération et des Länder, négociées entre les syndicats de la fonction publique et les employeurs, Fédération, Länder et communes. Les employés et ouvriers représentent un peu plus de 3 millions d'agents et les fonctionnaires (hors juges), un peu moins de 1,6 million.

C'est aussi la solution retenue plus récemment **en Italie**, pour des raisons analysées plus loin, dans le cadre de la loi d'habilitation du 23 octobre 1992 portant « *délégation au gouvernement pour la rationalisation et la révision des règles en matière de santé, d'emploi public, de retraites et de finances territoriales* », par le décret législatif du 3 février 1993 modifié à plusieurs reprises, qui a procédé à ce que l'on appelle la première « *privatisation de l'emploi public* ». Jusqu'à cette date la fonction publique était marquée par la même particularité que la fonction publique française et l'ensemble des agents publics étaient placés sous un régime statutaire et réglementaire. Désormais, sauf exceptions limitatives, les agents des administrations publiques sont soumis au droit privé, et notamment au Code du travail, leurs rapports de travail étant exclusivement régis par des contrats, collectifs et individuels. Une deuxième « *privatisation de l'emploi public* »²¹⁰ est intervenue en 1997-1998, sur la base d'une nouvelle loi d'habilitation en date du 15 mars 1997, qui a donné lieu aux décrets législatifs du 4 novembre 1997 et du 31 mars 1998, lesquels ont placé sous un régime de droit privé une nouvelle catégorie d'agents (notamment les dirigeants généraux) et simplifié le système de contractualisation²¹¹. Se trouvent ainsi seulement exclus de la privatisation les magistrats, avocats et procureurs d'État, les militaires, les forces de police d'État, les personnels des carrières diplomatique et préfectorale (à partir, pour cette dernière, de la qualification de vice-conseiller de préfecture), les agents de certains établissements (surveillance de l'épargne et des valeurs mobilières, surveillance de la concurrence et du marché), les professeurs et chercheurs des universités. Au total, sur 3 429 000 agents des administrations publiques, 542 000, soit environ 15 % seulement ne devraient pas être « *privatisés* ».

En Espagne, à l'échelon local, les communautés autonomes et les entités locales sont libres de recruter, pour exercer un grand nombre de fonctions, soit un fonctionnaire de carrière, soit un contractuel. Agents de droit privé, les contractuels sont régis par les dispositions du droit du travail applicables aux salariés du secteur privé. On distingue deux catégories de contractuels : les contractuels permanents, sélectionnés sur concours, et les agents recrutés à durée déterminée pour exercer les fonctions que ne peuvent

210 - Cette deuxième vague de la réforme de la fonction publique italienne est souvent qualifiée de « *réforme Bassanini* », du nom du constitutionnaliste Bassanini, ministre de la Fonction publique, qui l'a pilotée ; voir Franco Bassanini, « Italie : notre révolution silencieuse », dans *Notre État, le livre vérité de la fonction publique*, sous la direction de Roger Fauroux et Bernard Spitz, Robert Laffont, 2000.

211 - L'ensemble des dispositions adoptées depuis 1993 ont été rassemblées dans un texte unique, le décret législatif n° 165 du 30 mars 2001, qui constitue ce que l'on peut appeler désormais le statut de la fonction publique italienne.



occuper les contractuels permanents. Les contractuels représentent 15 % des effectifs des communautés autonomes et 50 % de ceux des entités locales ²¹².

On peut toutefois remarquer que l'existence d'un régime d'emploi dual dans l'administration publique n'est pas un choix général dans tous les pays européens. À titre d'exemple, la Suisse a, par une loi du 24 mars 2000, aboli son statut de la fonction publique remontant à 1927, au motif que ce statut « *avec la densité de réglementation [...] laissait peu de marge de manœuvre et rendait difficile une gestion adaptée à notre temps. Il reflète la philosophie étatique et organisationnelle bureaucratique du premier quart du XX^e siècle [...]* » ²¹³ et l'a remplacé par une « *loi sur le personnel de la confédération* ». Celle-ci définit les règles principales applicables aux agents et renvoie pour le reste à des « *conventions collectives de travail de droit public* » et à des contrats de travail, à durée déterminée ou indéterminée, expressément qualifiés de droit public et dont le régime général est défini par la loi, en particulier s'agissant des droits et obligations de « *l'employé* » et des motifs de résiliation par l'employeur du contrat à durée indéterminée. Ce régime est étroitement articulé avec le droit commun du travail par une disposition prévoyant : « *si la présente loi et d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement, les dispositions pertinentes du code des obligations s'appliquent par analogie aux rapports du travail* ». Le champ de ce nouveau régime concerne tous les agents de la Confédération helvétique et le statut est purement et simplement aboli pour tous.

Il reste vrai néanmoins que, pour des raisons tenant à leur histoire propre, notamment d'équilibre politique entre le pouvoir central et les pouvoirs locaux ou au statut traditionnel des structures chargées de l'enseignement et de la recherche ou de la santé publique, la majorité des pays de l'Union européenne ont un régime d'emploi public plus diversifié que le régime français, même s'il ne conduit pas toujours à l'application pure et simple des règles de fond du droit commun du travail à certaines catégories des agents employés dans les services publics administratifs.

Ces exemples d'origine étrangère, qui montrent au demeurant l'absence de modèle préemptoire, comme la persistance du débat doctrinal français, même après la confirmation en 1983-1984 de la solution déjà retenue en 1946 et en 1959 ²¹⁴, justifient, compte tenu au surplus de l'évolution des circonstances de fait dans les quarante dernières années, de se poser à nouveau la question du bien-fondé de la solution française.

212 - Source : « Le personnel des collectivités locales dans les quinze pays de l'Union européenne », *Dexia*, décembre 2001.

213 - Vincent Simon, *La loi sur le personnel et la Confédération*.

214 - Voir par exemple Maurice Blin, « Quelle fonction publique demain ? », article précité.



Une réduction du champ de la particularité est-elle aujourd'hui nécessaire en France ?

La réponse à cette question doit être déterminée en plusieurs étapes. **En premier lieu, s'agissant des agents des services publics industriels et commerciaux gérés directement par les collectivités publiques, en particulier locales**, qui effectuent les mêmes tâches et dans les mêmes conditions que leurs collègues du secteur privé lorsque ces services sont gérés par voie de délégation de service public, il n'y a pas de raison fondamentale de les maintenir sous le régime « *sacralisé* » de la fonction publique, alors surtout qu'il apparaît souhaitable que, quels que soient les choix successifs de l'organe délibérant entre régie et concession, par exemple pour la distribution de l'eau potable, les mêmes agents puissent, sans difficultés techniques majeures liées à la nature juridique de l'employeur, continuer à être employés sous le même régime. On a vu que c'était la solution de principe avant la réforme statutaire de 1983, le statut de la fonction publique ne s'appliquant pas aux services à caractère industriel et commercial. Au besoin, les collectivités publiques pourraient être autorisées, dans le cadre des lois-cadres envisagées pour la mise en œuvre de la réforme constitutionnelle en cours, à expérimenter le recours à cette formule pour les nouveaux agents qu'elles recruteraient dans ces services et pour les agents en place qui en feraient le choix.

En deuxième lieu, comme on l'a dit plus haut dans les développements consacrés à la question de la conciliation entre le droit de la fonction publique et le droit communautaire, **la portée restrictive donnée par la CJCE à l'exception apportée par le Traité CE au principe de la libre circulation des travailleurs au profit des « emplois dans l'administration publique »**, si elle a déjà conduit le droit interne français à distinguer les corps, cadres d'emploi et emplois ouverts à la libre circulation de ceux qui ne le sont pas, **n'oblige en aucune façon à « découper selon le pointillé »** ainsi créé au sein des services publics administratifs, autrement dit, à évoluer vers une scission entre ceux des agents qui demeureraient soumis à un régime particulier et ceux qui basculeraient sous le régime du droit commun du Code du travail. Une telle orientation relèverait d'un pur choix de politique interne.

En troisième lieu, on peut observer que **divers services publics administratifs fonctionnent déjà largement en ayant recours à du personnel relevant du droit privé**. À titre d'exemple, l'État confie largement les actions de protection judiciaire de la jeunesse au secteur associatif qui gère plus de 1 000 établissements avec 25 000 agents sous statut de droit privé, tandis que le « *secteur public* » de la protection judiciaire de la jeunesse ne gère que 300 établissements avec 7 500 agents publics, parmi lesquels plusieurs centaines de vacataires dans des spécialités sensibles comme celle de psychologue ou de psychiatre ²¹⁵. Mais on pourrait citer aussi d'autres services aussi divers que ceux en charge de la santé, les crèches, les maisons de retraite, l'école...

215 - Ministère de la Justice, Protection judiciaire de la jeunesse, Rapport d'activité 2001.



Plus généralement, dès lors que la délégation d'un service public administratif, ou au moins de certains éléments de ce service public, à une structure de droit privé n'est pas exclue en droit à condition d'être conçue de manière à ne pas compromettre l'exercice de fonctions de nature régalienn²¹⁶, on perçoit qu'il n'est pas impossible aux pouvoirs publics, sans pour autant renoncer à ce que le service public en cause demeure assuré, d'aboutir indirectement à réduire le champ d'application de la particularité, fût-ce de façon limitée par rapport à la population globale en cause.

En quatrième lieu, si l'on entendait en réalité « découper selon le pointillé » de façon volontariste et significative, autrement dit, par exemple, faire basculer sur le Code du travail des corps à effectifs importants de fonctionnaires de l'État employés au cœur de services publics administratifs gérés par l'État, **il conviendrait de ne pas s'en dissimuler les difficultés opérationnelles de divers ordres**, qui d'ailleurs expliquent peut-être pourquoi cette ligne doctrinale, pourtant ancienne et brillamment exprimée, n'a jusqu'à présent pas abouti. « *La distinction supposerait que la puissance publique ne se manifeste que dans les décisions exécutives opposables aux administrations et non dans la direction et le fonctionnement technique des services* ²¹⁷ ». Le club Jean Moulin, en 1968, se demandait comment « *opérer un clivage entre ce qui est normalement du domaine de l'État, justifiant un statut original et tout le reste* », multipliant les précautions à prendre, qui restent d'actualité : « *ne pas porter atteinte sans discernement à des protections qui, assez récemment établies ou renforcées, sont apparues favorables aux citoyens dont la liberté dépend beaucoup de l'indépendance des fonctionnaires* » [...] ; « *ne pas réserver aux seuls hauts fonctionnaires la sacralisation, cependant que les moyens et les petits fonctionnaires seraient, en quelque sorte banalisés ; on consacrerait ainsi une oligarchie* » ; ne pas accorder le caractère statutaire aux seules « *fonctions les plus anciennes, celles de l'État gendarme [...], alors que d'autres, plus récemment développées, ne sont pas moins importantes désormais : les économiques, les techniques, les sociales qui donnent à ceux qui les exercent une emprise sur la vie des citoyens aussi grande sinon plus, que celle des "officiers traditionnels" [...]* » ; ne pas oublier les « *fonctionnaires de synthèse* » dont « *une nation moderne a besoin pour inciter, conseiller, coordonner dans tous les domaines de la vie collective : santé, aménagement urbain et rural, transports, communication, politique industrielle [...]* ». Autant dire que le « *tout le reste* » n'est pas d'une grande lisibilité en termes opérationnels.

Certes cette difficulté n'est pas insurmontable. Pour autant, on ne peut se cacher qu'une opération d'une telle portée juridique poserait de vrais problèmes techniques de découpage, qu'il s'agisse des agents relevant des ministères dont les missions sont en principe de nature régalienn (défense, budget, économie et finances, justice, intérieur, police et affaires étrangères) ou des autres ministères,

216 - Voir sur le sujet : *La protection constitutionnelle de la qualité de fonctionnaire*, par Michel Degoffe, Mélanges Paul Sabourin, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 41.

217 - Roger Grégoire, ouvrage précité, 1954.



ainsi que, et peut-être plus encore, eu égard à leur immédiate proximité d'une autorité élue, des agents relevant des collectivités territoriales.

Une autre difficulté tiendrait à l'acceptation du projet par le corps social. Si en effet un bouleversement d'ampleur a pu intervenir en Italie, c'est compte tenu de la crise politique, sociale et morale qui frappait ce pays au début des années 1990, de la faible efficacité de la fonction publique italienne, et plus généralement du déficit de légitimité de l'État et de la fonction publique dans ce pays à cette époque. Rien de tel en France où, au contraire, la fonction publique bénéficie globalement d'une réelle reconnaissance et où, au moins depuis 1946, les agents publics ont fortement intériorisé la particularité de leur régime, encore que, dans le secteur des soins hospitaliers ou même de l'enseignement, on puisse noter des ralliements individuels à l'idée de ne plus relever du statut de la fonction publique.

Par ailleurs, il serait illusoire de penser que, quels que soient le critère de choix et l'importance numérique de la population en cause, il suffirait de soumettre une partie des agents publics à un statut de droit privé pour déboucher sur un régime pleinement adapté aux besoins des collectivités publiques. Un tel basculement ne dispenserait pas de devoir définir par la voie de conventions collectives, comme c'est le cas pour tous les grands secteurs de l'emploi, un régime spécifique, tant en matière de recrutement, ne serait-ce qu'en raison du fait que la soumission au droit privé ne peut effacer l'obligation de respecter le principe de l'égal accès aux emplois publics, qu'en matière de déroulement de carrière et de fin de contrat, pour garantir contre l'arbitraire. Il est symptomatique de ce point de vue de relever, s'agissant du régime de fonction publique en Allemagne, où pourtant l'on distingue les fonctionnaires soumis à un régime de droit public et les employés et ouvriers liés à l'administration par un contrat de droit privé, que les textes régissant ces deux catégories d'agents s'inspirent mutuellement les uns des autres.

Il impliquerait aussi, pour un grand nombre d'administrations d'État et pour les collectivités territoriales, l'obligation générale et durable de gérer du personnel relevant de régimes radicalement différents, ce qui, l'expérience d'établissements publics où tel est déjà le cas le montre, ne simplifie pas la gestion quotidienne. C'est pourquoi il convient de réfléchir plus avant à la question du contenu de la particularité du régime applicable aux agents publics.

Dans ces conditions, la situation actuelle n'appelle peut-être pas aujourd'hui une orientation aussi tranchée. L'opinion publique comme les agents eux-mêmes, tout en souhaitant une évolution, sont certainement plus ouverts à une réforme interne en profondeur qu'à la mise en place d'un système dual de fonction publique.

2.2.1.2. Quel contenu à la particularité ?

Il convient de prendre la mesure de la réduction progressive du contenu de cette particularité avant d'indiquer en quoi elle continue à s'imposer et même doit retrouver une plus grande effectivité.



La réduction progressive du contenu de la particularité

Cette réduction tient à une certaine convergence d'évolution du droit du travail et du droit de la fonction publique²¹⁸. Les garanties dont bénéficient aujourd'hui les salariés de droit privé vis-à-vis de leurs employeurs, en partie définies par référence au statut des agents de l'État²¹⁹, sont bien supérieures à celles qui pouvaient exister au début des années 1900. Grâce à l'évolution de la législation du travail et aux conventions collectives, ces salariés bénéficient d'un ensemble fondamental de droits qui leur apporte d'importantes protections à l'égard de l'arbitraire ou des discriminations, et atténué singulièrement leur différence de situation par rapport aux agents publics. Dans bien des cas d'ailleurs, les agents publics peuvent paraître moins bien protégés que les salariés de droit privé. Ainsi en est-il déjà de la masse des agents dits vacataires, ou temporaires ou auxiliaires, auxquels l'administration fait appel et auxquels elle ne se préoccupe souvent même pas de fournir un contrat précisant leurs droits et devoirs, ce qui serait jugé, pour un employeur privé, comme pénalement répréhensible. Ainsi en est-il également de nombreux contractuels à durée déterminée dont le contrat est le plus souvent régulièrement renouvelé, mais sans que ce contrat soit susceptible de se trouver transformé en contrat à durée indéterminée, dès lors que le statut interdit par principe un tel type de contrat²²⁰.

Le régime de la fonction publique lui-même s'est par ailleurs révélé de plus en plus perméable au droit du travail. Un pas essentiel a été franchi à partir de 1946 avec la reconnaissance du droit syndical et du droit de grève et la mise en place d'un droit de participation ; certains en ont, dès 1947, prédit « *la fin du droit de la fonction publique* » ou « *le déclin de l'autorité hiérarchique* »²²¹.

Puis le juge administratif a, au coup par coup, découvert des principes généraux du droit dont s'inspirent certaines dispositions du Code du travail, et en a ainsi étendu le bénéfice aux agents publics : principe de la prohibition du licenciement d'une femme enceinte²²², droit des agents non titulaires à une rémunération minimale égale au SMIC²²³, droit d'un agent suspendu de ses fonctions, s'il est finalement reconnu indemne de toute sanction, au remboursement des retenues effectuées sur sa rémunération²²⁴, droit de l'agent qui se trouve, de manière définitive et médicalement constatée,

218 - Voir Jean-Bernard Auby, « Réflexions sur les rapports du droit de la fonction publique et du droit du travail au travers du cas du secteur hospitalier », *Droit social*, février 1989, p. 153 ; Jacques Caillosse, « Le statut de la fonction publique et la division de l'ordre juridique français », in *Le travail en perspectives*, sous la direction d'Alain Supiot, LGDJ, p. 347.

219 - Voir *Servir l'intérêt général*, sous la direction de Jean-Luc Bodiguel, Christian-Albert Garbar et Alain Supiot, PUF, 2000, p. 15 : « Une analyse historique montrerait combien le statut d'employé de l'État a été en France la référence constante du "statut" salarial que le droit du travail a inséré dans le contrat. »

220 - CE, Section, 27 octobre 1999, Bayeux, p. 335.

221 - Jean Rivero, *Vers la fin du droit de la fonction publique*, Dalloz, 1947, chronique XXXVIII ; Paul-Marie Gaudemet, *Le déclin de l'autorité hiérarchique*, Dalloz, 1947, chronique XXXV, p. 34.

222 - CE, Ass., 8 juin 1973, Dame Peynet, p. 406, avec les concl. de M^{me} Grévisse.

223 - CE, Section, 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ M^{me} Aragnou, p. 151.

224 - CE, Assemblée, 29 avril 1994, M. Colombani, p. 209, avec concl. S. Fratacci.



atteint d'une inaptitude physique à occuper un emploi, à être reclassé dans un autre emploi ²²⁵.

Aujourd'hui, c'est à des pans entiers du droit du travail que se réfèrent tant le législateur que le pouvoir réglementaire, pour définir le régime applicable aux fonctionnaires : ainsi, des principales règles relatives à l'hygiène et à la sécurité (décret n° 82-453 du 28 mai 1982, notamment s'agissant de ses modifications apportées par le décret n° 95-680 du 9 mai 1995), ainsi des principes relatifs à la représentativité syndicale (loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996), ainsi des principales notions relatives à la durée du travail (décret du 25 août 2000).

Enfin il faut rappeler que le droit communautaire est à l'origine d'un nombre grandissant de normes applicables indistinctement à l'ensemble des « *travailleurs au travail* », quel que soit le régime juridique auquel ils sont soumis.

Cette réduction de la particularité doit-elle et peut-elle être poursuivie ? Probablement sur certains aspects, car il n'y a aucune raison pour que l'interpénétration entre le droit commun du travail et le droit de la fonction publique ne continue à se faire sentir, dans un sens comme dans l'autre.

Mais elle comporte des limites qui ne sauraient être franchies, sauf à nier ce qui fait la spécificité du régime du travail au service des collectivités publiques, liée aux exigences mêmes du service public et de l'exercice de la puissance publique. Certes, les études les plus récentes conduites par les chercheurs en sciences sociales, en liaison avec des experts du droit du travail, montrent, comme il a été indiqué précédemment, une diffusion de « considérations d'intérêt général » (en termes de déontologie, d'impartialité, de continuité du service...) dans tout le spectre des relations du travail ²²⁶. Mais cela ne remet pas en cause la justification du maintien d'une importante particularité dans le régime de travail des agents publics, même si sur certains points, les éléments de cette particularité se retrouvent, quoiqu'en général de façon moins

225 - CE, 20 octobre 2002, Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe et Moselle, n° 227 868.

226 - Voir notamment en ce sens les travaux conduits dans le cadre d'un séminaire de recherches organisé pendant deux ans à la Maison des sciences de l'Homme Ange-Guépin, qui ont été conclus par une journée d'étude internationale en 1998 et ont été présentés dans l'ouvrage précité *Servir l'État*. La perspective retenue consiste à s'attacher, pour aborder la question de la spécificité de « l'emploi de service public », à un critère matériel et non au critère organique de la nature juridique de l'employeur. L'hypothèse y est développée d'une diffusion des considérations d'intérêt général dans l'ensemble du spectre des relations de travail (du secteur public au secteur privé). Dans cette hypothèse, un double mouvement serait aujourd'hui à l'œuvre : - d'une part, le modèle du travail dit abstrait (*i. e.* considéré indépendamment de son objet ou de ses produits) qui caractérise le droit du travail s'étendrait à la sphère qui lui échappe (le secteur public notamment) ; - d'autre part le modèle du travail dit concret (*i. e.* considéré à partir de son objet ou du service à rendre) tendrait à imprégner le droit du travail, sous forme de dispositions spécifiques à certaines professions, pour des raisons tenant par exemple aux garanties à prévoir au bénéfice des utilisateurs ou des tiers. C'est en particulier le cas à chaque fois qu'un lien peut être établi entre les conditions de travail et la sécurité du public exposé à ce travail. Le transport routier constitue un exemple de ce lien entre sécurité du travail et sécurité du public. On voit dans le même sens se développer des règles professionnelles propres à certains métiers (journalistes, médecins, chercheurs, enseignants...) et applicables quel que soit le cadre juridique où le métier est exercé, qu'il s'agisse de déontologie, de continuité du service, de devoir de réserve...



marquée, dans d'autres secteurs d'activités. Dans son étude précitée de 1947, intitulée « *Vers la fin du droit de la fonction publique ?* », Jean Rivero avait déjà bien perçu le problème. Il mettait en évidence le rapprochement entre le droit du travail et le droit de la fonction publique, tout en relevant la permanence des exigences de l'intérêt général, en particulier en matière de continuité, mais en notant aussi que « *l'importance prise par certaines activités privées dans la vie nationale* » pourrait exiger que « *leurs agents fussent soumis à quelques règles du droit public traditionnel* ». Il s'interrogeait alors : « *Ne verra-t-on pas se substituer ainsi, à l'ancienne opposition du fonctionnaire et du salarié, une gamme de statuts, appliquant, encore une fois, des principes de base identiques, mais nuançant avantages et sujétions selon que l'activité considérée serait liée de façon plus ou moins étroite à l'intérêt public ?* »

Des particularités à rendre plus effectives

Le fondement de la particularité est à rechercher dans ce qui est nécessaire à la puissance publique pour pouvoir exercer pleinement ses missions, qu'il s'agisse de ses responsabilités régaliennes classiques, en matière de sécurité, de défense, de justice, ou encore de contrôle et de régulation, ou de la gestion des services publics, et pour que ces missions puissent être remplies dans le respect des exigences du service public ; la particularité a pour objet en ce sens de garantir à tous les citoyens la possibilité de bénéficier d'une administration intègre et impartiale²²⁷, chargée d'assurer le fonctionnement continu du service public, son égal accès pour tous et son égale qualité sur tout le territoire, et à tous les agents, la possibilité d'assumer leurs missions dans le seul intérêt du service, sans s'exposer à des risques d'arbitraire, de favoritisme ou de vindicte.

Il ne s'agit pas, à ce stade de la réflexion, de reprendre une par une toutes les composantes de cette particularité, notamment s'agissant des droits, garanties et obligations qui en découlent pour les agents ; la plupart d'entre elles sont abordées dans d'autres passages des présentes considérations. Le choix a été fait de concentrer la réflexion sur celles de ces composantes dont on peut se demander si elles n'ont pas été excessivement perdues de vue au fil du temps ; ainsi, pour ce qui est des obligations de service, de la continuité du service ou des exigences déontologiques. Il est apparu nécessaire aussi d'évoquer le caractère spécifique du régime des pensions des fonctionnaires, tout en s'en tenant à quelques éléments de réflexion, de façon à ne pas interférer avec les travaux conduits à l'échelon gouvernemental pour faire évoluer ce régime.

Le premier élément de la particularité dont la portée a pu, en partie, être perdue de vue est **l'obligation de service**, pourtant la contrepartie première de l'état de fonctionnaire, car elle conditionne l'accomplissement même des missions.

227 - Le Conseil d'État a rappelé ainsi que l'impartialité s'impose à toutes les autorités administratives (CE, 5 mai 1995, Buruchaga, p. 197).



• Cela a déjà été dit, mais il convient d'insister ; l'obligation de service, telle qu'elle a été conçue au départ devrait en principe permettre à l'administration d'affecter les agents dont elle dispose là où elle en a besoin, quantitativement et qualitativement. Si c'est en général le cas, l'incapacité à le faire sur le plan qualitatif reste trop fréquent et constitue le talon d'Achille de la fonction publique. Celle-ci ne peut continuer, année après année, à le déplorer sans se donner les moyens d'y remédier, sauf à renier une partie de sa mission et de sa justification et à affaiblir ainsi sa légitimité. Les mesures à caractère général et impersonnel, valables pour tout le territoire et toutes les administrations (NBI, priorité de mutation, bonification d'ancienneté...) ayant manifesté leurs limites, le temps est venu d'aborder le problème administration par administration, zone par zone, sinon même agent par agent. C'est en effet de plus en plus en termes de gestion personnalisée que ce genre de problème doit être traité, dans la ligne de ce qui sera examiné plus loin à propos de la gestion des carrières. Chaque administration, et en réalité chaque chef de service déconcentré concerné, doit se voir assigner un objectif sur ce point, dont il doit rendre compte au travers d'indicateurs pertinents, avec la plus large marge de manœuvre possible en matière de moyens.

Évidemment, les organisations syndicales, même si elles ne sont pas étrangères à la situation déplorée, par leur poids dans l'organisation des mutations, doivent être étroitement associées à cette opération de redressement du régime des premières affectations et des mutations, notamment à l'occasion de la préparation, dans chaque administration, des conditions de mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances.

• Il faut relever ensuite que le contenu même de cette obligation de service est souvent conçu restrictivement ; on peut évoquer en ce sens la « *généralisation de la monovalence* », pour reprendre une formule de la Cour des comptes²²⁸, à propos des obligations de service des enseignants ; la quasi-totalité des enseignants exercent en effet dans une seule discipline, alors qu'on ne compte pas moins de 35 disciplines dans l'enseignement général et 350 groupements disciplinaires dans l'enseignement professionnel et que le cloisonnement disciplinaire rend plus complexe la gestion ; il entraîne au surplus spécifiquement dans les lycées professionnels de grandes difficultés d'adaptation aux évolutions des métiers ; on continuera, parce que les professeurs existent, de dispenser des enseignements techniques, qui ne déboucheront plus sur des besoins dans l'entreprise²²⁹. Certes, le décret n° 50-581 du 25 mai 1950 prévoit que « *les professeurs qui n'ont pas leur maximum de service dans leur spécialité et qui ne peuvent pas le compléter dans un autre établissement de la même ville peuvent être tenus, si les besoins du service l'exigent, à participer à un enseignement différent* ». Mais des contrôles menés par la Cour des comptes, dans cinq académies, il ressort une très faible application de ce texte. L'administration a en effet considéré que le service en cause ne pouvait être imposé aux enseignants et a introduit, pour la mise en œuvre du décret, une

228 - Rapport spécial d'avril 2001 précité, p. 261.

229 - Au contraire, on observe dans les écoles des chambres de commerce et de métiers, une beaucoup plus grande flexibilité dans la gestion du corps professoral, permettant de reconvertir les enseignants dans de nouvelles disciplines, en fonction de la demande sur ce marché du travail.



condition qui n'y figurait pas, celle d'un accord préalable de l'enseignant. Cela a conduit en pratique les chefs d'établissement et les services académiques à s'interdire le plus souvent de recourir, même ponctuellement, à la possibilité envisagée. L'inversion du mouvement constaté doit être impérativement recherchée.

- Enfin l'organisation des services (en particulier en matière d'horaires d'ouverture) fait souvent de l'usager plus une variable qu'une priorité, problème préoccupant pour tous les services des collectivités territoriales, des établissements hospitaliers comme de l'État, sur lequel il n'est pas besoin d'insister ²³⁰.

À cet égard, si des initiatives nombreuses et diverses ont été prises pour mettre l'usager au cœur de la réflexion collective des agents par une meilleure organisation des structures et du contenu des tâches de chacun ²³¹, les occasions de rechute ne manquent pas. On a vu ce qu'il en a été s'agissant de la mise en œuvre des 35 heures. Il y a là un test de l'aptitude de la fonction publique à retrouver le plein sens de sa mission.

Le deuxième élément de particularité concerne **la continuité du service** qui s'est vue attribuer par le Conseil constitutionnel valeur d'objectif constitutionnel ²³², d'où le problème de sa conciliation avec le droit de grève, droit constitutionnellement garanti « *dans le cadre des lois qui le réglementent* ». Cette conciliation est, s'agissant de la fonction publique, opérée au travers de la compétence reconnue au législateur et, à défaut, conformément à l'arrêt Dehaene du Conseil d'État du 7 juillet 1950 ²³³, au gouvernement, sous le contrôle du juge. Sur cette base sont intervenues tant des mesures de retrait du droit de grève (ainsi en vertu de la loi, aux personnels de police, des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, du service des transmissions du ministère de l'intérieur et, en vertu de décisions administratives, aux directeurs adjoints et sous-directeurs de l'administration centrale et aux chefs de bureau de préfecture et secrétaires en chef des sous-préfectures...), que des mesures d'organisation d'un service minimum (ainsi en vertu de la loi, pour ce qui est du service de la sécurité de la navigation aérienne et du service public de la radio-télévision), et enfin l'interdiction de certaines modalités de la grève, comme la grève surprise ou la grève tournante.

La question aujourd'hui est de savoir s'il ne convient pas d'aller plus loin. Le blocage complet de services publics essentiels à toute l'activité économique ou à la vie sociale du pays, à titre de pression non seulement sur les gestionnaires des services publics en cause, mais aussi sur le pouvoir politique, sans autre avertissement qu'un vague préavis et sans que tout ait pu être tenté pour

230 - Déjà en 1995, Hervé Seyriex, chargé par le ministre de la fonction publique d'une étude sur les « *projets de service* » initiés au début des années 1990, a pu parler des usagers comme « *des passagers clandestins de l'administration* ».

231 - Voir, par exemple, au ministère de l'Intérieur, « La charte de l'accueil et du service à l'usager en préfecture et sous-préfecture », circulaire du 26 décembre 2001.

232 - Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, droit de grève à la radio-télévision, p. 33, A.J. 1979, n° 9, p. 46, RDP 1979, p. 1705, note Louis Favoreu ; 22 juillet 1980, protection et contrôle des matières nucléaires, p. 42.

233 - CE, Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, p. 426, JCP 1950, n° 5 681, concl. Gazier.



l'éviter, est de plus en plus mal perçu par les usagers, et de moins en moins acceptable dans un pays qui se dit évolué²³⁴. On peut ainsi envisager de compléter le régime d'exercice du droit de grève, dans le souci de mieux assurer la continuité du service, par des mesures de prévention et d'encadrement.

À ce titre de la prévention, la procédure dite « *d'alarme sociale* » mise en place à la RATP depuis 1996 peut servir de référence²³⁵ : elle oblige en effet direction et syndicats, en cas de problème susceptible de provoquer un conflit, à se réunir dans un délai de cinq jours et, en cas de désaccord, à formaliser les termes de celui-ci dans un « *constat de désaccord* » faisant apparaître clairement les propositions respectives des parties et obligatoirement rendu public. Dans la pratique, la procédure a débouché dans 60 % des cas sur des accords, tandis que 35 % seulement des constats de désaccord ont été suivis d'une grève. Ce dispositif s'apparente peu ou prou au régime de droit commun en Allemagne dans les services publics : une grève n'est licite que s'il y a eu discussion sérieuse et loyale entre les partenaires sociaux et si les procédures de conciliation conventionnelles ont été épuisées.

Au titre de l'encadrement des conditions d'intervention de la grève, il n'est peut-être pas utopique d'envisager que par accord entre gestionnaires des services et organisations syndicales, secteur par secteur, on aille plus loin dans les mesures d'aménagement des modalités de la grève, par exemple en déterminant des jours ou des périodes au cours desquels la grève serait exclue, comme, s'agissant des enseignants, les périodes d'examens scolaires, ou même en déterminant des règles pour certains créneaux horaires ; il doit être possible également d'éviter que des services entiers puissent être bloqués par la grève d'agents occupant des emplois stratégiques, comme les emplois informatiques ou de sécurité, qui font parfois grève par procuration pour les autres²³⁶.

Le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler les exigences de continuité du service public dans une affaire où était en cause la légalité du recours par l'administration à une entreprise de travail temporaire pour acheminer le courrier qui s'était accumulé pendant une grève d'un centre de tri postal²³⁷.

Le troisième élément de particularité concerne plusieurs aspects de **la déontologie de la fonction publique**²³⁸. La fonction publique s'est longtemps bercée

234 - Les organisations syndicales le perçoivent de plus en plus, qui organisent de nombreux mouvements d'action les jours normalement non travaillés, comme le samedi. Et il convient au surplus de noter que ce qui peut bloquer certaines réformes ou réorganisations aujourd'hui, c'est autant la menace de grève que la grève elle-même.

235 - Protocole d'accord relatif au droit syndical et à l'amélioration du dialogue social à la RATP du 30 mai 1996, renouvelé le 23 octobre 2001.

236 - Voir sur ces points les propositions déjà formulées par le Conseil d'État dans son rapport public 1994, coll. « Études et documents », n° 46, la Documentation française, p. 78.

237 - CE, Ass., 11 janvier 1980, Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin, p. 31, concl. Marie-Aimée Latournerie.

238 - Comme le montre une étude réalisée en 1996 par l'OCDE, *L'éthique dans le service public, questions et pratiques actuelles*, plusieurs pays, dont le Royaume-Uni, les Pays-Bas, les États-Unis se sont dans les années 90, livrés à un examen d'ensemble du fonctionnement de leur régime d'éthique de la fonction publique.



de la douce certitude d'une déontologie à toute épreuve de la part de ses agents. Puis on s'est aperçu que, sur divers points, la situation laissait à désirer, par exemple pour ce qui est du passage du secteur public au secteur privé, du rapport à l'argent, du rapport au politique, des relations avec les médias²³⁹. Et finalement il a été pris conscience que la question devait être abordée plus globalement, notamment parce que « *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 tout entière* »²⁴⁰.

Les conditions du passage du secteur public au secteur privé sont aujourd'hui surveillées par des commissions de déontologie propres à chaque fonction publique, qui ont prouvé leur très grande vigilance et leur efficacité²⁴¹. Encore doit-on noter l'extrême complexité du travail de ces commissions, accentuée par la longueur de la portée dans le temps (cinq ans au minimum) des interdictions posées par la loi pour le passage d'un secteur à l'autre. Elles doivent en effet, tout en prenant des garanties suffisantes pour empêcher les « pantouflages » déontologiquement contestables, ne pas courir le risque de bloquer purement et simplement les départs vers le secteur privé de certains hauts fonctionnaires, en particulier ceux ayant occupé des responsabilités élevées dans les cabinets ministériels²⁴². Ce contrôle des commissions serait probablement rendu moins délicat si la durée des interdictions était plus mesurée²⁴³. On notera qu'en Grande-Bretagne, les interdictions sont de deux ans.

Par ailleurs, la fonction publique permet aux agents publics plus qu'à toute autre catégorie professionnelle de combiner une carrière professionnelle et une carrière politique. Les agents ne manquent pas d'utiliser cette facilité. Il n'est pas sûr qu'il n'en résulte pas certains excès et que, dans certains cas, ce ne soit au détriment du service public.

On peut certainement qualifier d'excès la possibilité pour la même personne, grâce au système du détachement, de développer, sans limite de durée, une carrière au sein de l'administration (en cas de détachement, l'agent continue à avancer dans son corps d'origine) et une carrière politique, et de se constituer au surplus, dans les deux cas, une retraite, tout en pouvant revenir à tout moment dans l'administration. Il ne s'agit pas de supprimer toute possibilité pour les fonctionnaires de tenter une carrière politique, même si cette solution existe dans certains pays, comme la Grande-Bretagne, pour les fonctionnaires

239 - Voir Éric Peuchot, *L'obligation de désintéressement des agents de l'État*, Thèse de doctorat d'État de l'Université de Paris II, 1987.

240 - Christian Vigouroux, *La déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995, p. 139 ; voir également ENA, *La déontologie du fonctionnaire*, colloque organisé le 7 novembre 1996, éd. Berger-Levrault.

241 - En application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, modifiée par la loi n° 94-530 du 28 janvier 1994 et du décret n° 95-168 du 17 janvier 1995 ; voir les rapports annuels de ces commissions, publiés à la Documentation française.

242 - La difficulté pour les membres des cabinets ministériels tient en particulier à ce que leurs attributions ne sont définies par aucun texte et qu'il est difficile de déterminer s'ils ont été chargés d'exercer un contrôle sur une entreprise ou d'exprimer un avis sur un contrat conclu avec elle.

243 - Les commissions ont elles-mêmes suggéré une telle évolution (voir le rapport annuel 2001 de la commission de la fonction publique de l'État, p. 78).



de haut rang²⁴⁴, mais de limiter les protections tirées du rattachement à la collectivité publique pour les fonctionnaires exerçant un mandat politique à temps plein. On peut songer à une limitation du détachement à la durée d'un mandat, le fonctionnaire étant, dès le second mandat, mis en disponibilité : on pourrait aussi prévoir qu'une mise en disponibilité intervienne dès la première élection.

L'autre dérive en matière de combinaison de carrière administrative et d'action politique concerne les nombreux cas où les fonctionnaires se trouvent en charge parallèlement à leurs fonctions administratives, de mandats locaux lourds, qui ne manquent pas de les absorber, et cela souvent dans la même ville. Il serait naïf de penser que ce n'est pas, bien souvent, au détriment du service public. Il y a lieu, d'une part, de réexaminer le régime des incompatibilités de droit entre l'exercice, dans une même zone, de certaines fonctions administratives et d'un mandat électif important, et, d'autre part et surtout, d'exiger des chefs de service une attention plus réelle au temps de travail de ceux de leurs collaborateurs qui sont dans cette situation, en invitant ces derniers, dès qu'il apparaît des problèmes d'incompatibilité de fait, à recourir au régime du temps partiel, et le cas échéant à changer d'affectation administrative.

Dans le même esprit, **il convient d'être particulièrement vigilant envers toute forme de développement de la politisation de la fonction publique**²⁴⁵, notamment dans la haute fonction publique, au travers des emplois fonctionnels, des tours extérieurs et surtout du passage par les cabinets ministériels et des facilités d'accès aux emplois d'encadrement supérieur qu'ils comportent²⁴⁶. Par tous ces biais, la politique ne manque pas d'imprégner la fonction publique, au point qu'on a pu justement parler, selon une formule suggestive, d'un « *spoils system en circuit fermé* »²⁴⁷.

Le meilleur moyen d'y parer, qui n'est pas incompatible avec le principe « *d'emplois supérieurs* » dont la nomination est laissée à la discrétion du gouvernement posé par l'article 3 du titre II du statut général²⁴⁸ reste encore

244 - La fonction publique est divisée à cet égard en trois catégories. La première, qui regroupe notamment les échelons supérieurs de l'administration, subit les contraintes les plus draconiennes : interdiction totale de participer aux activités politiques à l'échelon national et participation locale soumise à approbation, avec un engagement de se comporter avec modération et discrétion ; la seconde catégorie est soumise à un régime d'autorisation pour toute activité politique et la troisième, composée essentiellement du personnel ouvrier et non industriel occupant les échelons inférieurs de la hiérarchie, est libre de participer à des activités politiques nationales ou locales. Il est à noter que la CEDH, saisie par un haut fonctionnaire britannique, a estimé qu'il n'y avait dans ce dispositif aucune atteinte à un droit fondamental, arrêt du 2 septembre 1998, Ahmed et autres c/ Royaume-Uni.

245 - Voir sur ce point Jean-Luc Rouban, *La fin des technocrates*, Presses de Sciences politiques, p. 37 ; Olivier Schrameck, « Influences politiques et garanties juridiques », *AJDA*, 20 juin 1994, p. 429.

246 - Sur le rôle des cabinets ministériels, voir Bernard Pêcheur, *Administration et politique : les cabinets*, « Cahiers de la fonction publique », mai 1999.

247 - Jean-Louis Quermonne, *L'appareil administratif de l'État*, le Seuil, coll. « Politique », 1991, p. 230.

248 - Dont la portée concrète est actuellement définie par un décret du 24 juillet 1985, lequel concerne, notamment, outre les préfets, les recteurs et les ambassadeurs, tous les directeurs d'administration centrale.



la transparence des procédures applicables dans chaque cas. C'est particulièrement vrai, s'agissant des nominations dans l'encadrement supérieur. La nomination aux emplois de responsabilité n'est en effet pas assez le résultat d'une bonne adéquation profil poste et procède trop souvent d'appréciations qui en sont éloignées. Diverses voies pour y remédier sont proposées plus loin.

Le régime du **cumul d'activités ou d'emplois dans la fonction publique** reste fixé par un décret datant de 1936, antérieur à la première loi portant statut de la fonction publique, même s'il a fait l'objet de quelques actualisations depuis. Si les différentes lois statutaires successives ont toutes prévu un décret en Conseil d'État pour réglementer l'exercice par les fonctionnaires d'autres activités, aucun texte nouveau complet n'a été pris. Il n'existe pas d'autres exemples de dispositions législatives des trois statuts successifs renvoyant à un décret qui ainsi n'aient pas été suivies d'effet. Le Conseil d'État a, sur une demande du gouvernement formulée en 1997, élaboré une proposition de refonte du décret de 1936. Il est regrettable que cette proposition soit restée lettre morte²⁴⁹. Par contre on soulignera l'intervention du décret d'application de l'article 25 du titre 1^{er} du statut général, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001, qui autorise les agents publics « occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure à la moitié de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics, à exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative dans les limites et conditions fixées par un décret en Conseil d'État²⁵⁰ ». On sait que cette autorisation de cumul fait suite à deux tentatives ayant le même objet, qui n'avaient pas abouti, faute de texte d'application : celles résultant de l'article 45 de la loi n° 95-95 du 1^{er} février 1995 de modernisation de l'agriculture et de l'article 27 de la loi n° 2000-627 du 6 juillet 2000 modifiant la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, qui prévoyait la possibilité pour des agents des collectivités territoriales occupant des emplois permanents à temps non complet d'avoir des activités professionnelles agricoles non salariées ou d'exercer une activité sportive rémunérée dans une association sportive.

Les conditions d'exercice par les fonctionnaires de leur liberté d'expression se sont présentées, au cours des dernières années, de façon relativement nouvelle tant s'agissant de convictions religieuses, qu'à l'occasion de leurs relations avec les médias.

S'agissant de l'expression par les agents de leurs convictions religieuses, le Conseil d'État a été amené à rappeler les obligations qui pèsent sur les agents, et font obstacle par exemple, en raison même du principe de laïcité de l'État, à ce que les personnels du service de l'enseignement public disposent du droit de manifester leurs croyances religieuses dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, notamment en portant un signe destiné à marquer leur appartenance

249 - Conseil d'État, *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, la Documentation française, 1999.

250 - Décret n° 2003-22 du 6 janvier 2003.



à une religion²⁵¹. Cette prise de position nette de la jurisprudence devrait permettre de faire face dans les années à venir à d'éventuelles dérives.

S'agissant de l'expression des agents publics par le biais des médias, le Conseil d'État a, par une décision du 20 décembre 2000, Syndicat Sud Travail²⁵² portant sur un recours dirigé contre une circulaire du ministre de l'emploi et de la solidarité, en date du 5 janvier 1999, relative aux droits et obligations des fonctionnaires et agents publics de son administration « *dans leurs relations avec les médias* », rappelé les limites qui s'imposent aux agents, ainsi que le pouvoir reconnu au ministre à l'égard de ceux-ci. Le Conseil d'État a rappelé que le ministre tient de sa qualité de chef de service, compétence pour prendre les mesures nécessaires au respect par les agents, dans leurs relations avec les médias, des obligations de secret et de discrétion professionnelle, et qu'il lui est notamment loisible de soumettre à une procédure de contrôle et de coordination les réponses, y compris par voie d'entretiens radiodiffusés ou télévisés, à des demandes de renseignements émanant des journalistes, dès lors que ces demandes portent sur des données générales, ou des cas particuliers, dont les agents ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Par contre, le ministre porte une atteinte excessive à la liberté d'expression en exigeant de façon générale que l'agent, même si sa qualité de fonctionnaire n'y apparaît pas, soumette ses articles ou ouvrages préalablement à leur publication à son supérieur hiérarchique « *si les sujets abordés touchent aux fonctions qu'il exerce ou s'il risque de manifester son opposition ou ses critiques à l'égard de l'action du gouvernement* ».

Cette décision laisse entière la question de la portée de la liberté d'expression que peuvent se reconnaître certaines organisations syndicales de critiquer directement la politique gouvernementale conduite dans les secteurs d'activité de leurs mandants, comme la politique fiscale ou la politique judiciaire, dont le lien avec la défense des intérêts professionnels qu'ils ont la charge de défendre n'apparaît pas toujours clairement, et dont on peut se demander si la mise en cause dans ces conditions ne débouche pas sur un affaiblissement de l'État lui-même. Cette question mériterait certainement de faire l'objet d'une réflexion complémentaire, ainsi que d'une concertation entre les pouvoirs publics et les organisations syndicales pour préciser à partir de quel moment on quitte le domaine professionnel pour entrer dans le débat politique.

La question des droits à pension

Un quatrième élément de particularité du régime applicable aux fonctionnaires doit être évoqué : celui de leur régime de pension.

C'est une loi du 22 août 1790 qui, la première, a mis en place, à la charge du Trésor, un système obligatoire de pension pour les fonctionnaires âgés. Son

251 - CE, Section, Avis du 3 mai 2000, Marteaux, p. 159 ; voir sur la portée de cette décision, la note de Marie-Christine de Montecler, « L'interdiction du port de signes religieux par les agents publics », *AJDA*, 20 janvier 2003, p. 99.

252 - CE, 20 décembre 2000, Syndicat Sud Travail, n° 213.590 ; *Droit social*, mars 2001, concl. Pascale Fombeur, p. 263.



préambule indique : « *il est juste que, dans l'âge des infirmités, la patrie vienne au secours de celui qui lui a consacré ses talents et ses forces* »²⁵³.

La loi du 13 juin 1853 sur les pensions civiles confirme l'existence d'un système propre aux fonctionnaires, étroitement lié à leur régime d'activité. La même philosophie se retrouve dans la loi du 14 avril 1924 portant réforme du régime des pensions civiles et militaires de retraite applicable aux fonctionnaires de l'État : la pension des fonctionnaires constitue un salaire différé ; l'article L. 1 du Code des pensions dispose : « *la pension est une allocation pécuniaire, personnelle et viagère accordée en rémunération des services accomplis jusqu'à la cessation régulière des fonctions* » ; les agents ne paient pas une cotisation, mais « *supportent une retenue* » sur traitement ; l'article L. 7 du Code des pensions établit un lien entre pensions de retraite et réforme statutaire ; les pensions de fonctionnaires de l'État sont inscrites sur le grand livre de la dette publique et sont à charge du budget de l'État.

Pour les fonctionnaires territoriaux ou les fonctionnaires hospitaliers, le régime est différent puisqu'ils sont affiliés à une caisse de retraite, la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL) et paient une cotisation. Mais les modalités de calcul de cette retraite sont alignées sur celles applicables aux fonctionnaires.

Une évolution analogue quoiqu'un peu plus tardive, a conduit, au cours de la deuxième moitié du XIX^e siècle, à la création de régimes propres à certaines grandes entreprises, notamment dans les secteurs de l'énergie et des transports. Ces régimes permettaient aux salariés des entreprises concernées de bénéficier d'un revenu lorsque, l'âge venant, ils n'étaient plus susceptibles de travailler. Ils avaient aussi comme finalité la rétribution des services rendus et la fidélisation de la main-d'œuvre.

Les textes de 1945 ne prévoyant qu'une montée en charge très progressive des droits à pension ouverts au bénéfice de l'ensemble de la population²⁵⁴, il était logique de maintenir les régimes existants arrivés à maturité et en particulier les dispositifs applicables aux fonctions publiques. Très longtemps, d'ailleurs, ces derniers dispositifs ont constitué une référence pour l'évolution des autres régimes de retraite.

Cependant, le développement général du système de retraite, les mutations démographiques et le changement des esprits conduisent aujourd'hui à poser la question de l'égalité de traitement et de la solidarité entre cotisants. Le Conseil d'orientation des retraites a d'ailleurs estimé que cette égalité devait être l'un des principes du système de retraite²⁵⁵. Reste que la comparaison entre fonctionnaires et salariés du secteur privé n'est pas aisée à réaliser. Certaines règles, telle la condition de durée de cotisation pour bénéficier d'une retraite à temps plein, sont assurément plus favorables dans la fonction

253 - *Lois, décrets, ordonnances*, 1790, p. 45 ; la formule se poursuivait par l'indication que « *lorsque sa fortune lui permet de se contenter de grâces honorifiques, elles doivent lui tenir lieu de toute autre récompense* ».

254 - En 1945, un salarié du régime général partant à la retraite était susceptible à 65 ans de bénéficier au maximum de 20 % de son salaire moyen des 10 dernières années d'activité.

255 - Voir le Rapport du Conseil d'orientation des retraites, notamment p. 194-195.



publique (37,5 ans dans la fonction publique pour les fonctionnaires, 40 ans tous régimes d'assurances confondus pour les salariés du privé). Mais, d'autres, telles celles relatives aux conditions de prise en compte des primes et rémunérations accessoires, sont plus favorables dans le secteur privé (intégrées dans le calcul de la pension pour les salariés du privé, exclues pour les fonctionnaires). Pour donner un sens aux travaux de comparaison menés, il conviendrait de chercher à distinguer dans les spécificités du système de pension des fonctionnaires celles qui paraissent légitimes de celles qui conduisent à une inégalité non justifiable avec les salariés du secteur privé. À cet effet, il pourrait être utile de considérer séparément :

- les règles tenant aux caractéristiques des carrières de l'ensemble des fonctionnaires ou à la gestion de l'emploi public ²⁵⁶,
- les dispositifs tenant à l'exercice des fonctions spécifiques, notamment s'agissant des militaires ²⁵⁷.

Pour les situations directement comparables à celles existant dans le secteur privé, il s'agit naturellement de savoir ce qui doit être comparé. Les retraites des fonctionnaires ne comportent qu'un étage. Pour procéder à une comparaison avec les retraites des salariés du secteur privé, il faut donc prendre en compte, en ce qui les concerne, le régime général et les régimes complémentaires, voire les régimes supplémentaires existant dans certaines grandes entreprises.

L'objectif à poursuivre n'est au demeurant pas forcément la remise en cause d'un système spécifique de pension des fonctionnaires (les spécificités peuvent être des éléments de souplesse), mais l'élimination progressive des discordances entre systèmes qui révéleraient, tous paramètres confondus, aux dépens des salariés du secteur privé, ou inversement, des avantages injustifiés.

2.2.2. Quelle place au contrat dans le droit de la fonction publique ?

Cette question se pose quelles que soient les réponses données aux questions, précédemment traitées, du champ et du contenu du particularisme de la fonction publique. En effet, même dans l'hypothèse où on choisirait de faire basculer purement et simplement dans le droit commun du travail certaines catégories d'agents publics, en conservant des normes particulières pour le reste des agents, il conviendrait quand même de s'interroger sur les sources souhaitables de ces normes : doivent-elles toutes être édictées par la loi ou le règlement ou peut-on, en matière de fonction publique, concevoir et choisir d'accorder une certaine place à des relations contractuelles procédant de « *l'autonomie normative* » opposée à « *l'hétéronomie normative* », termes parfois utilisés par la doctrine pour distinguer deux types de sources du droit du travail. Cette question ne peut non plus se trouver éliminée par le constat

256 - La portée sur le niveau des pensions d'un calcul en fonction de la durée de rémunération est très différente selon que la carrière est régulièrement ascendante ou non. L'existence de limites d'âge est cohérente avec l'impossibilité de licencier.

257 - De nature à justifier le cas échéant, outre l'application en matière de retraite des règles particulières, un régime spécial de cumul emploi-retraite.



fait plus haut de la réduction progressive du contenu du particularisme par transposition dans des lois ou décrets spécifiques à la fonction publique de normes introduites dans le droit du travail, comme par exemple, la réduction à 35 heures de la durée hebdomadaire du travail. En effet, une chose est de débattre du contenu des normes applicables aux agents publics, une autre est de déterminer quels peuvent en être, en droit, les auteurs.

Dans un premier temps de la réflexion, la question de savoir si on peut donner une place au contrat dans le droit de la fonction publique semble appeler une réponse empreinte d'un certain scepticisme. La construction historique du droit du travail s'est faite à partir du contrat individuel de louage de service, auquel les conventions collectives sont venues se superposer comme source de droit, reconnue légitime par la loi pour, en quelque sorte, compenser l'inégalité économique, sinon juridique, des parties au contrat individuel, mais sans être pour autant destinée à supplanter la portée juridique de ce contrat dans la relation individuelle de travail. Or on voit mal ce processus se reproduire aujourd'hui dans la fonction publique, autrement dit on ne voit guère que ce soit une requalification juridique de la relation individuelle de travail dans la fonction publique qui puisse promouvoir l'accord collectif comme source de droit autonome dans ce secteur. En effet, si le Conseil d'État avait en 1909 dans l'arrêt Winkell²⁵⁸ jugé qu'« *en se mettant en grève, les agents préposés au service public 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 le lie à l'administration* », cette qualification juridique de la relation individuelle de travail dans le service public fut abandonnée lors du jugement, en 1937, d'une espèce identique²⁵⁹. Elle était d'ailleurs en décalage par rapport à la jurisprudence générale selon laquelle le lien de fonction publique n'est en aucune mesure contractuel²⁶⁰, vision des choses que, certes, les organisations de fonctionnaires ont contestée pendant toute la troisième République, mais qui, comme on l'a dit en introduction, a fait l'objet, avec la reconnaissance du droit syndical, d'un compromis global. Comme le dit le statut général dans les mêmes termes depuis 1946, figurant aujourd'hui à l'article 4 du titre I, « *le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire*²⁶¹ *et réglementaire* ».

Dans un deuxième temps de la réflexion, on peut toutefois se demander si ce principe, contemporain de l'idée que « *dans la réalité des choses, l'administration et le fonctionnaire ne sont pas opposables, ils ne font qu'un* »²⁶² ne doit pas être relativisé. En effet, si le régime statutaire et réglementaire des agents publics procède, comme la conception particulariste de la fonction publique, de l'idée que l'État n'a pas à discuter avec ses agents du cadre juridique de leurs rapports, force est de constater que, comme la doctrine n'a pas manqué de le percevoir dès 1947²⁶³, la reconnaissance par la loi du droit

258 - CE, 17 août 1909, Winkell, p. 826, concl. Tardieu, D. 1911.3.17.

259 - CE, 22 octobre 1937, Mademoiselle Minaire, p. 243, concl. Lagrange, D. 1932.3.49.

260 - TC, 27 décembre 1879, Guidet, Sirey 1881, 3, 76 ; 7 août 1880, Le Goff, Sirey 1882, 3, 11.

261 - La qualification de statutaire paraît devoir être interprétée dans ce texte comme « légale ».

262 - Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, Sirey 1927 p. 595.

263 - Cf. article précité de Jean Rivero.



syndical des fonctionnaires d'une part, la mise en œuvre du principe de participation, qui a acquis avec la Constitution de 1958 une valeur constitutionnelle²⁶⁴, d'autre part, ne pouvaient pas, un jour ou l'autre, manquer de changer la donne en relativisant, à partir de la pratique de rapports collectifs structurés, la portée de la fiction juridique de l'unité de l'administration et du fonctionnaire.

Aussi, aller plus avant dans le débat sur le point de savoir si, aujourd'hui, il faut donner une place à la notion de contrat dans le droit de la fonction publique suppose-t-il de distinguer la problématique des accords collectifs de celle des contrats individuels²⁶⁵.

2.2.2.1. La problématique des accords collectifs

Un essai de bilan des pratiques de négociation, au sens large, dans la fonction publique peut permettre de pointer les difficultés à surmonter pour parvenir à des accords collectifs qui soient des sources autonomes de droit.

Le bilan des pratiques de négociation dans la fonction publique

Au travers des organismes consultatifs mis en place depuis 1946 en application du statut général, et qui actuellement sont fort nombreux – conseils supérieurs de chacune des trois fonctions publiques, comités techniques paritaires, commissions administratives paritaires, comités d'hygiène et de sécurité–, la politique conduite dans la fonction publique, comme la gestion au quotidien des agents font l'objet d'une concertation permanente²⁶⁶, sinon même dans certains cas d'une quasi-cogestion ; c'est ainsi en tout cas que des observateurs avertis et de bonne foi qualifient la gestion des mutations à l'éducation nationale ou à la police nationale. Il y a toutefois une différence de nature entre une quasi-cogestion de fait et un accord collectif au sens du droit du travail.

En réalité, la négociation sociale n'a vraiment été reconnue dans le droit de la fonction publique que, lorsqu'à la suite notamment du « *protocole Oudinot* » de juin 1968²⁶⁷, équivalent politique dans la fonction publique des « *accords de Grenelle* » dans le secteur privé, l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983, constituant le titre I du nouveau statut général des trois fonctions publiques, a prévu que « *les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec le gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec*

264 - Décision n° 77-38 DC du 20 juillet 1977.

265 - Voir sur la même problématique, Yves Madiot, « Faut-il remettre en cause la situation statutaire et réglementaire des fonctionnaires ? », *AJDA*, avril 1981, p. 363.

266 - Voir sur le sujet l'analyse très complète de Daniel Loschak, « Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique », *Bull. IIAP* 1976, n° 37, p. 176.

267 - Ce protocole consiste en un relevé des conclusions des réunions tenues entre les organisations syndicales de fonctionnaires et le gouvernement, les 28 et 29 mai 1968, sous la présidence du Premier ministre, et les 1^{er} et 2 juin, sous la présidence du ministre chargé de la fonction publique.



les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail ».

Cette négociation est devenue relativement courante dans la fonction publique, en particulier à l'échelon interministériel, ou même interfonctions publiques. Longtemps limitée au domaine des rémunérations, elle a pris, avec le protocole du 9 février 1990, dit « *accords Durafour* », une autre dimension, puisque ce protocole a eu pour objet une large refonte de la grille indiciaire. Par la suite, le champ de la négociation va encore se diversifier, qu'il en résulte ou non un accord sur les conclusions à tirer des réunions tenues : formation continue (avec les trois accords-cadres des 28 juin 1989, 10 juillet 1992 et 22 février 1996), hygiène et sécurité (accord du 28 juillet 1994), départ anticipé pour l'emploi des jeunes (accord du 16 juillet 1996), résorption de l'emploi précaire (accords des 14 mai 1996 et 10 juillet 2000), emploi des travailleurs handicapés (accords du 9 octobre 2001), aménagement réduction du temps de travail (négociation qui se terminera sur un constat d'échec). Un cycle de discussions vient d'être ouvert par le ministre chargé de la fonction publique sur la gestion des ressources humaines.

À côté de ces négociations interministérielles et interfonctions publiques, il convient de noter l'apparition et le développement de négociations à l'échelon ministériel²⁶⁸, le cas échéant pour toute une fonction publique, comme les protocoles d'accord conclus entre le ministre chargé des affaires sociales et les organisations syndicales représentatives de la fonction publique hospitalière (protocole « Evin » du 21 octobre 1988, protocole « Durieux » du 15 novembre 1991 ; protocole « Aubry » du 14 mars 2000 ; protocole « Guigou » du 14 mars 2001). La mise en œuvre des 35 heures dans la fonction publique a été l'occasion du mouvement le plus intense de négociations dans la fonction publique depuis qu'il en existe.

Le bilan que l'on peut tirer de cette pratique de négociation est globalement encourageant : Elle permet, plus que la simple concertation, la prise en compte des préoccupations des partenaires sociaux ; le dialogue social est plus approfondi, puisqu'il n'y a pas d'accord possible si chaque partenaire ne s'y retrouve pas. Elle accélère le traitement des dossiers, car une fois la négociation engagée, elle ne peut sans risque traîner en longueur. Elle constitue un bon moyen de renforcer le pilotage interministériel des politiques de gestion du personnel, surtout lorsque l'accord renvoie à des négociations ministérielles, qu'il encadre.

Cependant, ces négociations et les « accords » pouvant en résulter ont d'évidentes limites. La première est que les accords n'ont pas par eux-mêmes de portée juridique : les organisations syndicales, pas plus que les agents ne peuvent s'en prévaloir à l'encontre d'un acte qui les méconnaîtrait²⁶⁹. Certes, ils ont une forte portée morale et politique en ce sens qu'aucun gouvernement n'a

268 - Un bilan complet de ces négociations est présenté en annexe du *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, élaboré sous la responsabilité de M. Jacques Fournier, Conseiller d'État honoraire, avec la collaboration de M^{me} Marie-Ange du Mesnil du Buisson, inspectrice générale des Affaires sociales, dit « *rapport Fournier* », la Documentation française.

269 - CE, 25 octobre 1971, Syndicat national indépendant des CRS, p. 610 ; 6 novembre 1998, Alcamo, aux tables, p. 981.



jamais pris le risque de ne pas respecter un accord²⁷⁰. Mais pour autant, ils ne peuvent avoir un effet juridique que si le contenu en est repris par des vecteurs juridiques appropriés, lois ou décrets, qui peuvent être longs à intervenir²⁷¹.

La deuxième limite tient à ce qu'aucun texte ne prévoit une périodicité obligatoire pour engager une négociation sur les différents sujets de fonction publique, si bien que la négociation est octroyée par le Gouvernement, et même que la question de savoir si et quand il convient d'engager une négociation sur tel ou tel sujet devient en soi une cause de discussion, de tiraillement voire de conflit entre pouvoirs publics et organisations syndicales et entre celles-ci. Les pouvoirs publics ont souvent davantage recours à la négociation pour montrer leur capacité d'avoir un dialogue approfondi avec les organisations syndicales que parce qu'ils sont convaincus de la nécessité de passer par la voie de la négociation ; ils n'y ont recours de ce fait qu'avec parcimonie, car ils savent que dès qu'une négociation est ouverte, ils sont obligés d'aller jusqu'au bout, sauf à devoir admettre un échec politique, ou devoir « payer le prix » d'un accord. Par ailleurs, il n'y a que très rarement négociation globale portant sur plusieurs sujets, ce qui permettrait plus aisément du donnant, donnant. En outre aucun texte ne détermine les différents niveaux (interministériel, ministériel, service...) auxquels les négociations pourraient ou devraient s'engager.

La troisième limite tient à ce que les organisations syndicales, dont certaines d'ailleurs conservent une réticence culturelle à l'idée d'accords dans la fonction publique, sont certes globalement preneuses d'accords, mais se savent, si elles acceptent de signer, sous la surveillance impitoyable des organisations concurrentes, prêtes à dénoncer tout faux pas, cela d'autant plus que la pratique s'est instituée de mettre en œuvre les accords même signés avec des syndicats minoritaires et, plus problématiquement encore, de rendre applicable, en cas d'échec, le dernier état des propositions de l'administration, ce qui déresponsabilise les organisations syndicales, et fragilise celles qui jouent le jeu de la négociation.

De ce fait, la négociation sociale reste rare et pauvre, notamment au regard de l'intensité des négociations dans le secteur privé ; elle est intermittente, et si les thèmes de négociations ont pu se diversifier, l'éventail des accords conclus reste relativement limité. Cette situation n'est pas sans lourdes conséquences, car elle contribue à maintenir les relations sociales de la fonction publique dans un état passablement désuet, au regard du principe de participation qui, dans une société moderne, implique des engagements réciproques entre partenaires placés sur un pied d'égalité et responsables. En effet, en l'espèce, il n'y a pas des partenaires qui doivent en commun régler les problèmes qui se posent en engageant leur signature, sauf à échouer ensemble dans leur mission ; il y a d'un côté un partenaire, la puissance publique, sur laquelle repose la totalité de la responsabilité, et qui est censée disposer de tous les moyens nécessaires pour l'assumer, et de l'autre des partenaires qui le savent et qui peuvent se contenter de contester et de marquer leur distance vis-à-vis

270 - Sauf circonstances exceptionnelles, telles que celles qui ont entraîné le vote de la loi portant blocage des salaires, en 1982, dans le secteur privé, comme dans la fonction publique.

271 - Voir Michel Voisset, « Concertation et contractualisation de la fonction publique », *AJDA*, juillet-août 1970, p. 388.



de ce qui ne marche pas dans la fonction publique, y compris dans les domaines où ils ont pourtant une responsabilité objective évidente, comme celui des affectations. Par là même, cette situation est une des causes de la rigidité du système de fonction publique, en le privant de la souplesse et de la dynamique des mécanismes contractuels.

Aussi convient-il d'analyser les conditions nécessaires à ce que les accords collectifs puissent, le cas échéant, devenir une véritable source autonome de droit de la fonction publique.

Vers des accords collectifs, source autonome de droit de la fonction publique ?

Il s'agirait là d'une orientation importante. En effet, actuellement le Gouvernement n'est, en droit, en aucun cas, tenu par le statut général d'engager des négociations sur quelque sujet que ce soit avec les organisations syndicales de fonctionnaires et, *a fortiori*, de renoncer à l'exercice de sa compétence propre sur les matières qui, à l'issue d'une négociation, auraient fait l'objet d'un engagement conventionnel réciproque. Il s'ensuit que la puissance publique peut faire évoluer les règles générales applicables aux agents, en étant tenu par le seul intérêt général et sans devoir rechercher à tout prix l'accord formel des intéressés, ce qui peut éviter des négociations lourdes et périlleuses. Il s'ensuit aussi et surtout que toute modification réglementaire du régime applicable aux agents modifie automatiquement la situation de chacun d'entre eux, alors qu'en droit du travail, le « *statut collectif* » ne s'incorpore en principe pas au contrat de travail, qu'il s'agisse d'un accord collectif, d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur²⁷². On ne saurait donc envisager de priver l'État et les autres collectivités publiques des avantages de la situation actuelle sans chercher à limiter les risques pouvant en résulter pour l'efficacité et surtout la continuité des services publics.

À cet égard, outre le fait qu'un support législatif plus substantiel que l'actuel article 8 du titre I du statut général serait à l'évidence techniquement nécessaire, sans qu'il soit pourtant indispensable, en première analyse, de conférer à ce support une ampleur comparable à celle consacrée par les articles du Code du travail aux conventions et accords collectifs du travail, des données plus fondamentales doivent être mises en évidence.

La première donnée tient à l'existence d'un principe général du droit, « *dont s'inspire l'article L. 132-4 du code du travail* »²⁷³ dégagé par le Conseil d'État²⁷⁴, selon lequel « *le pouvoir réglementaire ne peut, sauf habilitation législative expresse, prévoir des conventions collectives comportant des stipulations moins favorables aux travailleurs que les dispositions qu'il a lui-même édictées* ». Cette jurisprudence, qui aboutit à élargir le champ d'application du « *principe de faveur* » consacré, sur la base de l'article L. 132-4 du Code du

272 - Cass. Soc. 13 mars 2001 EDF-GDF contre Dubut et autres, n° 99-40 678 FS-P.

273 - L'article L. 132-4 du Code du travail dispose : « *La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements.* »

274 - CE, Ass., 8 juillet 1994 CGT p. 356, 665, M.C. Rouault, JCP.G. IV 1994, 1072.



travail, par une jurisprudence abondante de la Cour de cassation, devrait, semble-t-il, avoir comme conséquence l'obligation de veiller à laisser un espace potentiel suffisant aux accords collectifs dans le domaine de la fonction publique. **Autrement dit, à volume d'encadrement législatif et réglementaire actuel inchangé, ce n'est probablement que sur des segments très limités des conditions d'emploi et de travail des fonctionnaires que des négociations pourraient aboutir à des accords collectifs, qui à la fois respecteraient le principe de faveur et auraient force juridique par eux-mêmes.**

La deuxième donnée dont il faut tenir compte tient aux conditions nécessaires pour donner force juridique à des engagements conventionnels collectifs en matière de fonction publique. **Il faudrait sans doute que la loi pose le principe d'un droit des fonctionnaires à la négociation collective de tout ou partie de leurs conditions d'emploi et de travail, mais aussi détermine les conditions de validité, en la forme et sur le fond, de ces accords collectifs ainsi que les conditions auxquelles seraient subordonnées leur prise d'effet, leur dénonciation et leur extension.**

La situation à cet égard ne se présente évidemment pas dans les mêmes termes selon l'orientation globale que l'on entend donner à la fonction publique.

Si on entendait suivre une voie « maximaliste », consistant à basculer, pour un grand nombre d'agents, d'un régime statutaire et réglementaire à un régime de conventions collectives et de contrat de travail, selon l'exemple du choix effectué, comme indiqué précédemment, par l'Italie ou par la Suisse, le cadre législatif nécessaire à cette fin serait relativement simple à concevoir, sinon à mettre en œuvre. La loi devrait préciser le champ dans lequel la convention serait substituée au statut, tant en ce qui concerne les domaines que les personnels concernés. Ce champ, pour ce qui est des personnels, ne saurait en toute hypothèse couvrir toute la fonction publique. Non seulement les militaires et les magistrats, mais d'autres catégories d'agents publics, notamment les forces de police et les agents de l'administration pénitentiaire, ne paraissent en effet que pouvoir rester placés sous un régime assez strictement statutaire et réglementaire. Même l'Italie, qui a engagé une réforme draconienne de son régime de fonction publique, a gardé le statut traditionnel pour une partie des agents publics.

Une voie « minimaliste » consisterait à prévoir, dans le respect du régime statutaire et réglementaire, et en complément des dispositions réglementaires classiques, un droit d'origine conventionnelle. C'est ce qui existe depuis 1982 pour les entreprises publiques à statut, le dernier alinéa de l'article L. 134-1 du Code du travail dans sa rédaction résultant de la loi du 13 novembre 1982 disposant que dans ces entreprises « *des conventions ou accords d'entreprise peuvent compléter les dispositions statutaires, en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par le statut* ²⁷⁵ ». C'est la proposition du livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique remis en février 2002 au ministre chargé de la fonction publique, dit « Rapport Fournier » ²⁷⁶.

275 - Voir N. Maggi-Germain, « *Négociation collective et transformation de l'entreprise* », LGDJ, 1996.

276 - *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, Jacques Fournier, avec la collaboration de Marie-Ange du Mesnil du Buisson, la Documentation française, 4 mars 2002.



Cette orientation soulève une difficulté juridique particulière liée aux conditions d'exercice du pouvoir réglementaire, fixées à l'article 21 de la Constitution, que le rapport Fournier suggère de surmonter en organisant une procédure d'homologation. Une telle procédure n'est pas inédite et sa validité a été consacrée par la jurisprudence concordante du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Ainsi le Conseil constitutionnel a admis la conformité à la Constitution de la procédure de validation par arrêté du ministre chargé de l'économie, du règlement général établi par le Conseil des bourses de valeur²⁷⁷ ; ainsi également de la procédure d'approbation des conventions conclues entre la caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) et les syndicats de médecins²⁷⁸, ce que l'on a qualifié « *d'acte réglementaire négocié* »²⁷⁹. La constitutionnalité de ces actes réglementaires à élaboration contractuelle suppose néanmoins que la compétence de l'autorité réglementaire ne soit pas liée par la conclusion de l'accord et qu'en cas de refus d'homologation ou d'absence d'accord, les questions ayant fait l'objet de la négociation puissent être traitées par la voie réglementaire classique.

La difficulté d'une telle solution réside en ce que tous les accords ne se prêtent pas aisément à la procédure d'homologation ; leur contenu est souvent hétérogène et ils sont rarement rédigés dans une forme permettant leur homologation pure et simple. Si l'on peut assez aisément concevoir des accords susceptibles d'être homologués dans des domaines où le pouvoir des autorités administratives est le plus discrétionnaire, il n'en est pas de même dans les domaines réglementés, comme les conditions de recrutement ou de déroulement de carrière. Le rapport Fournier suggère certes de « faire évoluer la pratique », mais il n'est pas sûr que les difficultés soient de simple pratique.

On pourrait retenir une troisième voie, intermédiaire entre les deux précédentes, en ce qu'elle ne conduit pas à faire basculer la plus grande partie des agents publics sous un régime de conventions collectives, et ne se borne pas non plus à introduire la possibilité de dispositions réglementaires à élaboration contractuelle. Elle correspondrait à une structuration nouvelle de la fonction publique, qui sera développée plus loin, et qui vise à faciliter la gestion fonctionnelle des agents, sans remettre en cause le bénéfice d'un déroulement de carrière lié à des grades. Dans une telle organisation, on conçoit que les règles de déroulement statutaire de la carrière relèvent du pouvoir réglementaire classique, tandis que la détermination des règles de gestion fonctionnelle pourrait être, en partie au moins, confiée par la loi à des accords collectifs directement applicables, sans la complexité du système de l'homologation.

Quelle que soit la voie retenue, la troisième donnée – qui n'est pas la moins importante – dont il faut tenir compte tient à ce que l'avenir d'accords collectifs dans la fonction publique est, au-delà des problèmes techniques sus-évoqués, lié à l'intérêt que peuvent trouver tant les organisations syndicales que les gestionnaires à des négociations susceptibles de déboucher sur de véritables engagements conventionnels réciproques. Un développement du

277 - Conseil constitutionnel, décision n° 89 260 DC du 28 juillet 1989.

278 - Décision n° 89 269 DC du 22 janvier 1990 ; cette dernière décision précise que « *L'approbation a pour effet de conférer un caractère réglementaire aux stipulations de la convention* ».

279 - Concl. M^{me} Maugué sous l'arrêt de Section du Conseil d'État, 17 mars 1997, Syndicat des médecins d'Aix, RFDA, novembre-décembre 1997, p. 1 139.



droit de la négociation collective dans la fonction publique n'aurait guère de sens s'il ne correspondait pas à des attentes, inévitablement diverses dans leur contenu et leur formulation, mais suffisamment substantielles, pour pouvoir donner lieu à des compromis dynamiques.

Du côté de l'État, la distinction entre fonctions de régulation et fonctions de gestion s'est beaucoup clarifiée ces dernières années et peut être utilisée en matière de fonction publique comme dans d'autres matières, même si cela peut poser des problèmes de choix et de niveau des négociations, auxquels d'ailleurs les procédures à mettre en place pour l'application de la loi organique relative aux lois de finances devraient contribuer à fournir les solutions, en faisant apparaître de nouveaux objets possibles de négociation et d'accord, comme on l'a indiqué plus haut. Du côté des organisations syndicales, il subsiste, de la part de certaines, des réticences à l'idée de négociation d'accords contractuels à valeur juridique sous réserve d'homologation, au motif que cela reviendrait à « cogérer l'État »²⁸⁰, ou au motif que la compétence pour homologuer ou non, dès lors qu'elle appartient à l'une des parties contractantes, fausse nécessairement la négociation, mais plusieurs organisations syndicales se sont prononcées de manière positive et une partie de la doctrine semble s'orienter dans le même sens²⁸¹.

Certaines organisations syndicales sont délibérément favorables à une organisation d'ensemble de la fonction publique s'inspirant davantage dans sa structure de celle du Code du travail, combinant règles législatives et réglementaires et véritables conventions collectives de droit public²⁸².

Quelle que soit l'orientation choisie, un même problème devrait être traité, abondamment développé dans le rapport Fournier et dans les observations annexes des organisations syndicales à ce rapport, celui des conditions de validité des accords, c'est-à-dire en fait celui du degré de représentativité exigé des organisations signataires pour que l'accord

280 - Voir *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, observations des organisations syndicales, p. 30, la Documentation française, 2002.

281 - Jacques Caillosse et Jacques Hardy, *Droit et modernisation administrative*, la Documentation française, p. 74 ; Roland Drago, « La politique de la fonction publique », *Cahiers de l'administration*, la Documentation française, p. 76.

282 - Cette position est clairement exprimée dans les résolutions adoptées par la CFDT dans son congrès confédéral de mai 2002 et dans la plate-forme revendicative de l'UFFA-CFDT rendue publique à l'occasion des élections présidentielles et législatives de 2002 ; ce syndicat s'y exprime ainsi : « Pour la CFDT, l'élément déterminant d'une refondation des relations sociales dans les fonctions publiques est l'introduction et la reconnaissance formelle de la négociation et de l'accord contractuel dans les fonctions publiques... Le statut ne doit pas être un frein à la construction de droits salariés des collectivités publiques en matière de garanties collectives apportées par la négociation. Le lien individuel, de nature statutaire entre le fonctionnaire et la puissance publique ne doit plus exclure la possibilité du contrat collectif dans les fonctions publiques... La CFDT entend donc participer à la construction d'un cadre organisé de négociations collectives dans les fonctions publiques. Ce cadre doit reposer sur les mêmes principes que ceux qu'elle veut voir mis en œuvre dans le secteur privé pour refonder la légitimité des syndicats et la validité des accords [...] » ; et l'UNSA déclare dans ses observations en annexe du rapport Fournier, p. 144 : « Nous approuvons la formule qui vise à doter la négociation et la convention d'un nouveau cadre juridique qui permet de les ériger en voie réellement autonome d'organisation des rapports sociaux dans la fonction publique. »



puisse acquérir une valeur juridique par le truchement de son homologation ou directement.

Cette question est fondamentale pour les organisations syndicales, à la fois parce qu'elles y voient une question de principe liée au fondement de la légitimité d'un droit conventionnel en matière de fonction publique et parce qu'en arrière plan se trouve posée la question de l'évolution de leurs pouvoirs d'influence respectifs.

Plusieurs solutions ont été envisagées : soit l'exigence de ce que l'on appelle un accord majoritaire, c'est-à-dire signé par des organisations syndicales représentant plus de 50 % des suffrages obtenus dans les élections servant de base au calcul de la représentativité, soit l'acceptation d'un accord signé par une ou des organisations minoritaires, (avec toutefois un seuil minimal), à condition qu'il n'y ait pas une opposition de plus de 50 % ; soit une formule intermédiaire dite de majorité relative, la représentativité de la ou de fait des organisations signataires devant être supérieure à la représentativité de la ou des organisations s'opposant à la conclusion de l'accord. Le rapport Fournier s'est arrêté à la deuxième option.

Il s'agit là d'une question d'appréciation de l'efficacité la plus grande du nouveau dispositif à mettre en place, qui relève du choix des pouvoirs publics, en concertation avec les organisations syndicales. On peut seulement remarquer ici que plus l'ensemble des réponses qui seront données aux principales questions à traiter laissera apparaître « *du grain à moudre* » dans des négociations, plus aisée devrait être l'obtention d'un consensus sur ce point.

2.2.2.2. La problématique des contrats individuels

Il n'est pas nécessaire de s'étendre longuement sur l'hypothèse où le choix fait serait de faire basculer par la loi certaines catégories d'agents publics sur le Code du travail, c'est-à-dire sur le régime de droit commun où les sources autonomes de droit sont non seulement les conventions collectives, mais aussi le contrat de travail liant l'employeur au salarié, si ce n'est pour rappeler que, dans cette hypothèse, le juge du contrat pourrait difficilement rester le juge administratif et que le juge judiciaire distingue désormais « *les modifications concernant les éléments qui sont de l'essence du contrat de travail et ne peuvent être modifiées qu'avec l'accord du salarié de ce qui ne constitue qu'un changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur et pouvant subir des transformations s'imposant aux salariés* »²⁸³.

Or de nombreux changements sont regardés comme constitutifs de modifications du contrat de travail, donc exigeant l'accord du salarié, alors qu'en droit administratif dans la même situation, la puissance publique garde la possibilité d'agir unilatéralement et sans s'exposer aussi directement à une sanction par le juge, sauf, dans un certain nombre d'hypothèses, à devoir consulter les commissions administratives paritaires : ainsi, s'agissant des tâches à accom-

283 - Gérard Gélinau-Larrivet, Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, colloque Chambre sociale, Cour de cassation/AFDT/ENM, 29-30 septembre 1999.



plir, le fait de demander à un « *rippeur* » d'exercer les fonctions de chauffeur²⁸⁴ ou de retirer à un ingénieur ses fonctions de responsable du service qualité²⁸⁵ ; ainsi, s'agissant de la durée des horaires de travail, le fait de modifier la durée mentionnée au contrat de travail²⁸⁶, ou le fait de modifier les horaires d'une caissière de supermarché, comportant désormais deux nocturnes²⁸⁷ ; ainsi s'agissant de la modification du lieu de travail, le fait de transférer le lieu de travail dans un « *secteur géographique différent* »²⁸⁸ ou le fait, même dans le cadre d'un contrat comportant clause de mobilité, d'imposer une mobilité constitutive d'abus de droit, par exemple en imposant « *à un salarié qui se trouvait dans une situation familiale critique (épouse enceinte de sept mois), un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés* »²⁸⁹.

En revanche, il y a lieu de s'interroger sur deux points : le premier concerne la question de savoir s'il convient d'élargir les possibilités actuelles de recours aux agents contractuels de droit public, par dérogation à la règle obligeant à ne confier des emplois permanents qu'à des fonctionnaires ; le second porte sur la question de savoir si, pour un fonctionnaire en position d'activité, il est concevable que soit conclu entre lui et l'administration un « contrat d'affectation sur emploi ».

Vers un élargissement du recours à des agents contractuels de droit public ?

Historiquement, la France a toujours connu la coexistence, dans les services de l'État, de fonctionnaires titulaires dotés d'un « *état* » opposable à l'autorité hiérarchique et d'agents aux appellations les plus diverses (auxiliaires, temporaires, surnuméraires ou, plus tardivement, contractuels),²⁹⁰ ne bénéficiant pas d'un tel état. On les qualifie globalement aujourd'hui d'agents non titulaires (ANT), soit une définition en creux qui leur ôte presque leur identité ; il paraîtrait de bon ordre juridique de les qualifier de façon générale d'agents contractuels²⁹¹.

284 - Cass. Soc. 26 mai 1998, Société Sogea, Languedoc contre Grasso, n° 2 609 D.

285 - Cass. Soc. 5 janvier 1999, Apave contre Drevet, n° 25 D.

286 - Cass. Soc. 2 mai 2000, M^{me} Cheboub contre société Renosol, 99-45 355.

287 - Cass. Soc. 19 février 1997, Société Euromarché contre Amoyal, bull. 5, n° 74.

288 - Cass. Soc. 4 mai 1999 Hczyszyn contre société Paul Jacottet, *Droit social*, 1999, p. 737.

289 - Cass. Soc. 18 mai 1999, Société Legrand contre Rocnhin, n° 22 848, *Droit social*, 1999, p. 734.

290 - Le terme de contractuel a d'abord été réservé à des cas relativement exceptionnels de recours à des personnes dont l'administration s'attachait la collaboration en raison de leur expérience et de leur qualification, essentiellement des spécialistes de la recherche scientifique travaillant dans les laboratoires de l'État, et dont l'administration fixait librement la rémunération. Puis la formule a été utilisée, grâce à la fiction juridique du contrat, pour faire bénéficier certains agents, y compris par détachement de leur propre administration, d'une rémunération supérieure au régime normal.

291 - Le cas des ouvriers d'État, qui font l'objet d'un régime spécifique, étant bien entendu mis à part.



Le terme d'agents contractuels ne doit toutefois pas prêter à confusion, ces agents étant en effet placés, comme les agents titulaires, sous un régime statutaire et réglementaire. Les règles qui leur sont applicables sont édictées et modifiées unilatéralement par l'administration²⁹². La seule différence avec les titulaires tient à ce qu'en principe, leur situation peut faire l'objet d'arrangements particuliers (durée du contrat, rémunération...). Mais la jurisprudence cantonne strictement ces possibilités de spécificités ; ainsi par exemple, le licenciement peut être légalement décidé à tout moment « *dans l'intérêt du service* »²⁹³.

Le recours à ces « agents contractuels » a toujours été conçu de façon restrictive ; lorsqu'il a été question, pour la première fois, de statut des fonctionnaires en France, à la fin du XIX^e siècle, le statut était censé s'appliquer à l'ensemble des agents publics, à l'exclusion des seuls agents employés à titre strictement temporaire. Le rapporteur du projet déposé devant la Chambre des députés le 25 mai 1909, évoqué en introduction, indiquait : « *ne sont laissés en dehors des prévisions du texte que les agents ou employés auxiliaires qui, temporairement attachés au service de l'État et susceptibles d'être congédiés à l'expiration d'une période pré-fixe ou aussitôt après l'achèvement d'un travail déterminé, ne peuvent évidemment prétendre à un statut* »²⁹⁴.

L'approche est la même dans le statut de 1946 et les statuts qui suivront, à cette différence près que ces textes comportent une définition très stricte du titulaire, beaucoup plus stricte que celle prévue dans les projets de loi du début du siècle, où le critère du fonctionnaire était « *l'occupation dans un service public de l'État d'un emploi permanent, rémunéré par un traitement mensuel ou par l'allocation de remises [...]* » ; cette définition était d'ailleurs celle du Conseil d'État, ce qui permettait à ce dernier de retenir la qualification de fonctionnaire, même pour un agent n'ayant pas fait l'objet d'un acte strict de nomination, dès lors qu'il occupait un emploi créé par l'autorité compétente et recevait régulièrement un salaire²⁹⁵.

Aujourd'hui, la définition du fonctionnaire est beaucoup plus rigide et repose sur des critères beaucoup plus stricts, en particulier en termes de titularisation. Il y a une frontière beaucoup plus tranchée entre fonctionnaires et contractuels et les conditions pour devenir fonctionnaire sont autrement exigeantes. Et pourtant les textes statutaires successifs ont entendu limiter étroitement le recours aux contractuels. L'histoire montrera que c'est une vraie gageure et qu'il est difficile de combiner conception d'une fonction publique fermée, difficilement accessible ou rigide dans ses contours internes, et limitation du recours aux contractuels. À aucun moment, depuis la mise en œuvre des statuts, il n'a été possible d'endiguer le recrutement de contractuels. Ce n'est

292 - CE, 24 avril 1964, Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires, p. 241 ; 16 octobre 1989, Demoiselle Dijon, p. 764.

293 - CE, 7 janvier 1973, Barbaroux, RDP 1973, p. 1 094.

294 - Cette approche explique que l'on a longtemps qualifié de fonctionnaires contractuels, les agents appelés à occuper un emploi durable et dont la nomination résultait d'un contrat et non d'un acte unilatéral. L'expression a continué à être employée après le vote du statut de 1946 ; Jean de Soto, « Les fonctionnaires contractuels », *Mélanges Mestre*, Sirey, 1956, p. 493.

295 - CE, 12 janvier 1912, Letard, p. 38.



pas faute de l'avoir cherché, pratiquement toujours dans les mêmes termes, depuis la première loi votée en ce sens, la loi du 3 avril 1950 dite « *d'autorisation de transformation d'emplois et de réforme de l'auxiliarat* », qui prône une solution drastique : le blocage du recrutement d'agents non titulaires pour occuper des emplois permanents ; elle n'admet de ce fait le recours à des agents non-fonctionnaires que dans trois hypothèses : « *occupation d'emplois comportant un service journalier à temps incomplet* », « *exécution de travaux exceptionnels justifiant le recours à un personnel d'appoint pour une durée limitée à un an* », « *remplacement temporaire et au maximum pour une durée d'une année de fonctionnaires titulaires, en cas d'impossibilité reconnue de pourvoir aux emplois vacants par d'autres fonctionnaires du cadre* ». La loi va plus loin encore et précise, pour que les dispositions qu'elle édicte soient bien verrouillées, que les agents ainsi recrutés « *seront exclusivement rémunérés par imputation sur les crédits afférents au paiement des fonctionnaires titulaires qu'ils remplacent, pour ce qui est des remplaçants, et, dans les autres cas, sur des crédits spéciaux de personnels auxiliaires, délégués, dans la limite d'un crédit global inscrit chaque année à cet effet au budget du ministère des finances et des affaires économiques, à chaque administration intéressée* ».

C'est la même philosophie très stricte qui prévaudra lors de la refonte du statut général en 1983-1984, de façon encore plus marquée, alors que, en dépit de la loi de 1950, le recrutement d'agents non titulaires occupant des emplois permanents s'est à nouveau développé. La porte du recours à des contractuels n'est pas totalement fermée, ce qui témoigne de la prise en compte des leçons de la loi de 1950, puisque le statut général prévoit deux grands types de dérogations : celles au bénéfice de certaines catégories d'établissements ou d'institutions administratives²⁹⁶ et celles ouvertes dans tous les services pour faire face à certaines situations (« *lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes* » et « *pour les emplois du niveau de la catégorie A [...], lorsque la nature des fonctions et les besoins du service le justifient* »). Mais ces dérogations sont strictement encadrées ; en particulier les agents recrutés pour faire face à certaines situations doivent être engagés par des contrats d'une durée maximale de trois ans qui ne peuvent être renouvelés que de façon expresse ; seuls les agents recrutés par les établissements et institutions à caractère administratif habilités à avoir recours à des contractuels peuvent bénéficier de contrats à durée indéterminée.

De nombreux employeurs publics, notamment locaux, ont exprimé leurs réserves sur ce strict cantonnement du recours à des agents contractuels et indiqué leur souhait de voir assouplir ce régime. Faut-il envisager dans ces conditions d'élargir les possibilités pour les personnes publiques de recourir à des agents contractuels ? La question est d'importance. Plusieurs raisons peuvent inciter à ne pas aller dans ce sens.

296 - Cette possibilité de dérogation, qui suppose l'inscription sur une liste établie par décret en Conseil d'État, mais intervient souvent sur la base des dispositions législatives expresses prévues dans la loi instituant l'établissement ou l'organisme administratif en cause, est largement pratiquée ; la plupart des autorités administratives indépendantes bénéficient de la possibilité de recruter des agents contractuels ; il en est de même de plus de cinquante établissements publics administratifs dont les six établissements œuvrant dans le domaine sanitaire.



En premier lieu, si l'on estime que le statut est une garantie essentielle pour le bon exercice des fonctions publiques, il est déraisonnable, sinon contradictoire, de permettre que se développe en marge de ce statut l'occupation d'emplois publics par les agents contractuels. Si d'ailleurs il devait être envisagé de recourir plus largement à des agents contractuels, il serait difficile de maintenir le régime actuel des contrats conclus ; il devrait être envisagé de prévoir, comme y pousse au demeurant la réglementation communautaire, une transformation plus aisée des contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée. De plus il devrait être plus attentivement veillé à ce que le recrutement de contractuels se fasse dans le respect de l'égalité d'accès aux emplois publics, trop souvent perdue de vue.

En deuxième lieu, si le recours aux contractuels peut offrir aux employeurs de la souplesse pour pourvoir à leurs besoins, il ne faut pas s'en cacher les contreparties ou les inconvénients en termes de gestion, pour les agents eux-mêmes, qui n'ont pas de perspective de carrière ni de mobilité, et sont en quelque sorte attachés à leur employeur, et pour les employeurs eux-mêmes qui n'ont pas de véritables grilles de gestion de ces agents, et qui ne savent bien souvent pas comment faire évoluer leur carrière ou y mettre fin. D'ailleurs, dans les établissements publics à régime dérogatoire qui peuvent recruter des contractuels à durée indéterminée, la tendance est, à peine la souplesse du recours aux contractuels acquise, de bâtir un statut largement inspiré du statut des titulaires.

En troisième lieu, s'il est question de libéraliser le recours à des agents contractuels, c'est dans une large mesure dans l'objectif de surmonter la rigidité des règles statutaires, en quelque sorte à titre plutôt d'expédient. On peut se demander si c'est la bonne méthode et s'il ne vaudrait pas mieux assouplir les règles statutaires et supprimer ainsi plus fondamentalement la cause du recours désordonné aux contractuels.

Vers un « contrat d'affectation sur emploi » avec un fonctionnaire titulaire ?

Différente est la question de savoir si, s'agissant du recours à des fonctionnaires, un certain type de relations contractuelles ne pourrait être envisagé entre eux et leur employeur public, au moins pour ce qui est de l'aspect affectation sur emploi.

Dans les entreprises publiques à statut, le caractère statutaire et réglementaire du régime applicable aux agents a toujours été combiné avec l'existence d'un contrat de travail individuel ; cette combinaison peut poser des problèmes en cas de discordance entre l'un et l'autre, mais la jurisprudence a dégagé en ce cas les conditions de conciliation des deux textes²⁹⁷.

S'agissant des fonctionnaires, le choix de prévoir que leur situation puisse être, si besoin est, en partie régie par des stipulations contractuelles trouverait sa

297 - CE, Ass., 29 juin 2001, Philippe Berton, n° 222600, concl. Boissard, CJEG février 2002, p. 84 ; voir également Sophie Boissard, « Les entreprises publiques à statut : survivance du passé ou solution d'avenir ? Quelques réflexions sur un régime juridique hybride », *Cahiers de la fonction publique*, octobre 2002, p. 4.



justification, comme son véritable intérêt, dans l'évolution actuelle tendant à donner plus de place à la notion d'emploi, comme, par exemple, au travers des emplois fonctionnels. Plus en effet cette notion d'emploi prendra de l'importance dans le fonctionnement de l'administration, notamment pour l'organisation des moyens à mettre en place pour atteindre les objectifs qui seront définis par les programmes retenus par les lois de finances successives, plus apparaîtra le besoin de contractualisation des relations individuelles de travail pour mieux adapter les activités des agents aux objectifs qu'il y a lieu d'atteindre.

Dans la pratique, on constate déjà l'existence, dans le mode de gestion de la carrière de certains agents publics titulaires, de sortes de contrats verbaux informels formulés à l'occasion des entretiens de notation ou de la préparation de tableaux d'avancement pour des corps ayant vocation à une affectation géographique sur tout le territoire, mais il ne s'agit évidemment que de quasi-contrats moraux n'ayant aucune portée juridique. Le droit public n'ignore pas non plus l'engagement de servir l'État pendant une durée minimum à la signature duquel peut être conditionnée l'accès à une école administrative ou la nomination dans un corps, mais il ne s'agit pas là d'un contrat au sens propre du terme impliquant des obligations réciproques des parties. La question est de savoir s'il est concevable d'aller un peu plus loin, autrement dit de s'interroger sur la viabilité, tant pour la collectivité publique employeur que pour l'agent lui-même, d'un régime juridique d'emploi combinant une situation statutaire et réglementaire avec un nouveau contrat de droit public.

Actuellement, il est possible à un fonctionnaire titulaire d'être placé en position de détachement sur un emploi contractuel d'une autre, voire de la même collectivité publique, ce qui implique déjà nécessairement applicabilité simultanée de deux catégories de règles distinctes, les unes concernant une période limitée et les autres le long terme. Il est vrai que cette situation est plutôt vécue, tant par l'agent que par ses gestionnaires, comme une succession de situations juridiques différentes.

Il s'agirait, dans la voie nouvelle explorée, d'admettre que le régime juridique applicable à un fonctionnaire en position d'activité puisse découler à la fois de son statut et d'un contrat qu'il a lui-même négocié et conclu avec son autorité gestionnaire.

On retrouverait, en quelque sorte, et pour partie au moins, la vieille notion de « *contrat de fonction publique* » qui, comme on l'a montré plus haut, a inspiré jusqu'au début du XX^e siècle non seulement la doctrine, mais aussi, ponctuellement, le Conseil d'État, dans l'arrêt Winkell, et dont il est assez normal qu'elle renaisse au moment où il est question d'une gestion plus personnalisée et plus fonctionnelle des agents publics. Les difficultés nées de l'application de ce contrat relèveraient du juge administratif du contrat.

Il est néanmoins important de préciser que l'appellation de « contrat de fonction publique » est devenue trop ambiguë pour pouvoir être reprise telle quelle²⁹⁸. Dans les circonstances de droit et de fait actuelles, telles qu'elles

298 - Sur cette notion, voir Emmanuel Roux, *La démission en droit public français*, Presses universitaires Aix-Marseille, 2001, p. 85.



ont été précédemment analysées, la raison d'être de ce nouveau contrat de droit public serait de contribuer à la mise en œuvre du principe directeur énoncé plus haut dans les propositions, à savoir l'adaptabilité des ressources humaines dont disposent l'État et les autres collectivités publiques à la réalité des métiers et fonctions à exercer pour une administration publique performante. Ainsi, pour prendre un exemple concret, le contrat d'affectation sur emploi ne devrait pas stipuler que l'emploi en question est celui de professeur dans l'un des collèges de la région d'Île de France mais celui de professeur dans tel collège, tant il est évident que les caractéristiques de l'emploi, les objectifs concrets que l'on peut assigner à son titulaire, et les appuis, notamment en termes de formation, que l'on peut lui consentir pour atteindre ces objectifs, n'ont pas nécessairement à être identiques pour tous les collèges de cette région. Il s'agirait donc d'aboutir à la signature d'un bref document contractuel tenant compte d'un échange de vues préalable entre le fonctionnaire et l'autorité gestionnaire et prenant acte d'engagements réciproques²⁹⁹.

À ce stade, et parce que l'analyse pourra être plus utilement développée à l'occasion de l'examen de la question de la structure de gestion des agents dans la fonction publique, on peut se borner à deux remarques essentielles.

D'une part, ce serait évidemment au juge administratif d'opérer, si besoin était à l'occasion d'éventuels litiges entre le fonctionnaire et son autorité gestionnaire, la conciliation entre les règles statutaires et les stipulations de ce « contrat d'affectation sur emploi ».

D'autre part et surtout, ce « contrat d'affectation sur emploi » – dont le contenu pourrait, en substance, être de définir les caractéristiques de l'emploi, les objectifs et les moyens qui y sont attachés et de fixer la durée pendant laquelle l'agent y est affecté – n'aurait par lui-même aucun effet juridique possible sur la stabilité d'emploi du fonctionnaire, telle qu'elle demeurerait garantie par le statut général.

2.2.3. Quelle structure de gestion pour la fonction publique d'État ?

À ce stade de la réflexion générale, il est opportun de se concentrer sur la fonction publique d'État pour plusieurs raisons. Comme on l'a vu, le nombre d'agents y est actuellement nettement plus important que dans la fonction publique territoriale et dans la fonction publique hospitalière. La gestion de ces agents sur l'ensemble du territoire national implique nécessairement un partage des rôles entre autorités déconcentrées et autorités centrales, et une traduction juridique adéquate de ce partage. Enfin et surtout la construction historique du système français de fonction publique montre, comme on l'a vu, que les choix faits pour la fonction publique d'État ont été les moteurs de l'évolution générale. Il semble donc utile d'élucider les éléments du débat sur la fonction publique d'État, avant d'aborder la question, qui devra, bien sûr, être ensuite traitée, du pilotage de l'ensemble de la fonction publique.

299 - Voir dans le même sens, Jean-Pierre Dudézert, « La fonction publique et l'emploi public », *France-Forum*, n° 6, 2002, p. 20.



Le problème posé, par cette organisation, est celui de la portée qu'elle permet de donner à une gestion fonctionnelle de la fonction publique, accordant toute sa place aux notions de métier et de compétence.

Deux orientations fondamentales sont concevables pour faire évoluer l'organisation de la fonction publique d'État selon cet objectif. Il convient de les exposer avant d'analyser les enjeux déterminants du choix.

2.2.3.1. Les deux orientations fondamentales concevables

La première orientation consiste à maintenir, en l'aménageant autant qu'il est possible, l'organisation actuelle fondée sur le principe d'une structure par corps dotés de statuts particuliers, au sens classique du terme ; la seconde consisterait dans la mise en place d'une organisation nouvelle fondée sur le principe d'une structure par cadres de fonctions. L'une et l'autre de ces approches méritent d'être explicitées dans leurs justifications possibles comme dans leurs modalités, étant observé que, dans l'une comme dans l'autre orientation, la situation juridique des agents est la même, et n'est donc pas changée par rapport au droit actuel : les agents continuent à bénéficier d'un grade dans lequel ils sont titularisés, et il y a séparation du grade et de l'emploi. Mais dans la seconde orientation, celle consistant à mettre en place une nouvelle organisation de la fonction publique, la place donnée à l'emploi se trouve en quelque sorte renforcée, et la séparation du grade et de l'emploi, souvent perdue de vue aujourd'hui, pleinement concrétisée. Le changement de terminologie, de corps à cadres de fonctions, ne doit pas faire perdre de vue le fait que le cadre de fonctions peut être regardé comme un corps à vocation très élargie, permettant l'accès à une plus grande variété d'emplois et où la situation des agents n'est pas déterminée par la seule évolution du grade, mais dépend aussi des emplois occupés ; c'est moins la notion de corps qui disparaît que la conception du corps qui est modifiée.

Maintien de la structure actuelle par corps, au sens classique du terme

Dans cette orientation, la gestion administrative des fonctionnaires continue à être assurée selon les règles du statut particulier du corps auquel ils appartiennent, mais les gestionnaires des services sont mieux mis à même de combiner cette gestion administrative avec une gestion fonctionnelle des ressources humaines.

Cette combinaison se trouve déjà peu à peu concrétisée, dans chaque administration, pour au moins une partie des personnels. Le ministère le plus avancé est incontestablement celui de l'équipement, toujours donné en référence, grâce à une action entreprise il y a une vingtaine d'années et poursuivie avec persévérance depuis. Mais la plupart des autres ministères se sont engagés dans la même voie, même si, souvent, on en est davantage au stade de l'expression d'une politique que de sa mise en œuvre effective. On peut citer le ministère de l'agriculture qui est en pleine démarche de mise en place des outils d'une « *approche compétences* » et a, en particulier, pu arrêter, au cours de l'année 2002, de premières orientations quant aux parcours professionnels qualifiants susceptibles d'être retenus, tant pour les agents de catégorie A de la filière administrative que pour les agents des corps techniques supérieurs. Pour



sa part, le ministère de l'éducation, depuis plusieurs années déjà, utilise un « référentiel métiers » pour la gestion de certains au moins des agents relevant de la direction des personnels administratifs, techniques et d'encadrement et vient de définir, en accord avec les représentants syndicaux intéressés, une politique de gestion des personnels de direction directement dictée par une approche fonctionnelle, et qui prend en compte à la fois les missions à accomplir, les activités à gérer et les compétences requises³⁰⁰. La direction générale des Impôts est engagée dans un programme général de modernisation qui se propose notamment la substitution progressive d'une gestion par objectifs à une gestion de moyens ; cette politique s'accompagne d'une approche renouvelée de la gestion des hommes en matière de mobilité, de suivi des parcours individuels, de décloisonnement³⁰¹.

L'intérêt de cette approche est indéniable, même si elle en est bien souvent encore au stade du projet³⁰². Sa faiblesse tient à ce qu'elle ne touche pas au ressort interne de l'organisation actuelle de la fonction publique puisque la pesanteur de la gestion administrative par corps demeure inchangée et se trouve ainsi toujours susceptible d'enrayer les efforts de gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences. Il s'ensuit que la gestion fonctionnelle nécessite un travail au coup par coup très absorbant avec le très grand risque de n'agir qu'en surface, sans pouvoir modifier les réalités de fond, tout en cumulant les contraintes des deux systèmes.

Ce n'est pas une raison pour renoncer. Loin de là. Simplement il convient d'être conscient que si l'on veut donner plus de place à la gestion fonctionnelle, tout en conservant la conception actuelle de l'organisation de la fonction publique d'État par corps, il est nécessaire de s'engager vigoureusement dans toute une série de mesures propres tant à assouplir les contraintes que cette organisation fait peser sur les gestionnaires qu'à limiter les impasses déraisonnables dans lesquelles peuvent se trouver enfermées certaines catégories d'agents.

La première mesure devrait consister à accentuer la politique de fusion des corps. Des marges de manœuvre importantes demeurent en ce sens, en complément des 80 suppressions de corps intervenues, selon la DGAFP, depuis cinq ans, entre corps d'administration centrale et corps de services déconcentrés, encore trop systématiquement distingués, par exemple, au ministère de l'Intérieur ou dans la plupart des filières du ministère de l'économie et des finances, comme entre corps proches d'une même filière ; dans son rapport spécial de décembre 1999 sur la fonction publique, la Cour des comptes s'interroge sur la « faible justification fonctionnelle à l'existence de corps administratifs et techniques spécifiques au ministère de l'Intérieur », comme sur l'existence de quatre corps dans la filière socio-éducative de

300 - Protocole du 16 novembre 2000, BO Éducation nationale, n° 1, janvier 2002, p. 4.

301 - Voir F. Villeroy de Galhau, « Le changement dans l'État, c'est possible », *Societal*, 1^{er} trimestre 2002, p. 26.

302 - Il ressort du rapport de l'Observatoire de l'emploi public d'octobre 2002 précité, que si les expériences de gestion prévisionnelle, des effectifs, des emplois et des compétences ont été relativement nombreuses dans les trois fonctions publiques au cours de la dernière décennie, elles sont restées à la fois « partielles » et « peu valorisées ».



l'administration pénitentiaire, ou encore sur le maintien de corps de catégorie C spécifiques à chacune des principales directions du ministère de la Justice (services judiciaires, administration pénitentiaire et protection judiciaire de la jeunesse), notamment pour ce qui est des personnels de service. À tout le moins convient-il impérativement d'éviter la création de nouveaux corps, même dans l'hypothèse où il se serait révélé à l'expérience que la répartition entre deux ministères des emplois d'un même corps géré par un seul ministère, adoptée dans un premier temps pour éviter la création d'un nouveau corps, n'est pas durablement viable. Dans une telle hypothèse en effet, l'opération de scission de l'effectif concerné devrait, par principe, être combinée à l'agrégation de chacun des sous-ensembles en résultant à un corps existant à vocation comparable, même si elle n'est pas strictement identique.

La deuxième mesure devrait consister à homogénéiser la structure des corps et à en ouvrir les « *viviers d'accès* ». D'ores et déjà, en ce sens, dans le cadre de l'application des « *accords Durafour* », deux règles ont servi de guide : la première consistant à « *typiser* » les corps, c'est-à-dire à donner aux corps comparables les mêmes bornes indiciaires et la même structure de grades (en général trois grades), et la seconde consistant à ouvrir les concours internes aux candidats venant de toute la fonction publique. Pour autant, des corps importants, en particulier dans les filières financières, continuent à ne pas être ouverts à des candidats venant d'autres administrations que les Finances, et à avoir une structure de grades totalement atypique (plus de dix grades pour certains corps d'inspection, ce qui revient à caler la structure des grades sur la hiérarchie administrative et à enlever toute réalité à la séparation du grade et de l'emploi). Par ailleurs, la « *typisation* » se trouve déjà remise en cause par le jeu des retouches aux statuts particuliers.

La troisième mesure devrait consister à développer la pratique des statuts d'emploi ou de fonction, qui constitue une des rares sources de souplesse au regard de la rigidité des corps, pour autant, il est vrai, qu'on ne les gère pas comme des grades. Le Conseil d'État s'assure certes qu'une telle politique ne vise pas à contourner purement et simplement l'organisation en corps et grades, ou à accorder subjectivement une amélioration indiciaire à certains agents, ou encore à instituer « *des carrières d'emplois* ». Mais il admet le recours au statut d'emploi dès lors que l'emploi en cause présente une véritable spécificité justifiant qu'il soit distingué des emplois auxquels le grade donne vocation. C'est notamment le cas dans deux hypothèses : lorsqu'il s'agit d'une fonction de direction ou d'encadrement, et lorsqu'il apparaît opportun d'ouvrir largement l'accès à l'emploi, en assouplissant les conditions normalement requises par le statut du corps ou du grade.

La quatrième mesure devrait consister, dans les limites posées par cette organisation en corps, à développer la déconcentration de la gestion dans la ligne des efforts conduits depuis plusieurs années. On a vu précédemment que les marges de manœuvre à cet égard sont étroites et les résultats limités au regard des efforts déployés. Encore convient-il de veiller à ce que tous les ministères les utilisent. La modification de l'organisation des commissions administratives paritaires, telle que préconisée plus loin, devrait faciliter la concrétisation de cet objectif.



Adoption du principe d'une structure par cadres de fonctions

L'idée, qui s'inspire dans une certaine mesure de l'opération de reclassification statutaire réalisée à La Poste³⁰³ et à France Telecom, serait de réorganiser en profondeur la structure de la fonction publique d'État, selon un principe préservant le système de carrière tout en donnant sa pleine portée à la séparation du grade et de l'emploi³⁰⁴.

Le principe – on précisera plus loin les quelques exceptions qu'il devrait vraisemblablement comporter – serait le suivant :

La loi disposerait que les fonctionnaires appartiennent, non plus à des corps au sens classique du terme, mais à des « cadres de fonctions » déterminés à partir des grandes filières professionnelles nécessaires aux missions de l'État, et des niveaux de fonctions inhérents, dans chaque filière, à l'exercice de ces missions. Elle prévoirait qu'un décret fixe le nombre et la dénomination des filières professionnelles et détermine, pour chaque filière, le nombre et la dénomination des « cadres de fonctions » ainsi que le statut particulier de chacun d'eux.

L'objectif serait donc d'abord d'aboutir à la détermination, pour l'ensemble des administrations, de moins de 50 « cadres de fonctions » destinés à remplacer près d'un millier de corps actuels, à partir de l'identification des grandes filières professionnelles nécessaires aux missions civiles de l'État (de l'ordre de sept ou huit maximum : administration générale, administration financière, ingénierie et services techniques, enseignement et recherche, secteur médicosocial, sécurité, culture...) et de la définition des niveaux de fonctions à assurer dans chaque filière (de l'ordre de 4 à 5 dans une première approche). L'objectif serait ensuite d'aboutir à un seul décret par filière professionnelle, qui déterminerait le statut particulier des cadres de fonctions de la filière. Ces décrets « *de filière* » seraient élaborés sous l'égide de la DGAFP et d'une administration chef de file, qui auraient la responsabilité de faire évoluer

303 - À la poste, on est passé de 45 corps à 4 grandes classes (cadres supérieurs, encadrement intermédiaire, techniciens et agents d'exécution) et 15 niveaux de fonctions. Les anciens corps ont été mis en extinction ; 220 000 agents ont été concernés ; le coût financier global de la reclassification a été de l'ordre de 10 % de la masse salariale, y compris le GVT et compte tenu d'une importante opération de requalification.

304 - Le souhait de donner sa pleine portée à ce principe avait déjà été fortement exprimé il y a 35 ans par un directeur général de la Fonction publique. « *Les problèmes actuels de la fonction publique* », « *il ne faut pas oublier que la fonction publique a un moyen technique qui fait partie de son système et qui doit lui donner de la souplesse ; c'est le système de l'emploi. J'ai essayé depuis six ans de faire tout mon possible avec, sur certains plans, un succès relatif, pour développer la notion d'emploi. Si l'on veut que la séparation du grade et de l'emploi ait un sens, soit autre chose qu'une subtilité juridique, il faut qu'elle serve [...]; autrement dit, qu'il soit possible de garantir à un agent qui est entré dans la fonction publique, la sécurité de carrière, mais étant entendu que la sécurité de carrière ne signifie pas du tout qu'il occupera le même emploi ; elle concerne son grade et non son emploi. Il est souhaitable que, pendant sa carrière, protégé par son grade, il tienne plusieurs emplois qui, eux, seront précaires ; car c'est cela l'intérêt de la séparation du grade et de l'emploi ; le grade garantit au fonctionnaire la sécurité ; il ne peut en être privé que pour des raisons disciplinaires [...]; l'emploi par contre est précaire ; on y appelle quelqu'un parce qu'il paraît capable de tenir le poste et puis si, à un moment, il n'est plus capable de le tenir, il perd l'emploi, mais il retrouve le grade.* » (Marceau Long, cours donné à l'ENA, mars-avril 1967.)



la réglementation et d'assurer la cohérence d'ensemble de la gestion des membres des différents cadres de fonction d'une administration à l'autre.

La situation concrète du fonctionnaire serait, dans ce schéma, déterminée par deux éléments essentiels. D'une part, dès son recrutement et pour toute la durée de sa carrière, il serait assuré d'appartenir à un ensemble – le cadre de fonctions – à la fois beaucoup plus large, par hypothèse même (c'est le but recherché), que la très grande majorité des corps actuels puisque la plupart des ministères ont besoin de compétences professionnelles correspondant aux cadres de fonctions de plusieurs filières. De plus, l'intérêt de cet ensemble pour l'agent serait plus aisément perceptible, puisqu'il serait un membre d'une filière professionnelle, avec l'avantage que cela pourrait comporter en termes de diversification des fonctions à exercer et de perspectives de progression professionnelle dans la filière. Dans ce cadre de fonctions, le fonctionnaire conserverait une garantie de progression de carrière minimum à l'ancienneté, ainsi que, pour les cadres de fonctions comprenant plusieurs grades, une vocation à progression au choix en fonction de ses mérites.

D'autre part, ses affectations successives sur des emplois relevant de son cadre de fonctions et correspondant à des fonctions précises à assumer et à son savoir-faire, pourraient déterminer une rémunération complémentaire liée à ces spécificités et s'ajoutant à la rémunération indiciaire résultant des grades, notamment par le biais du « contrat d'affectation sur emploi » évoqué plus haut.

Les différentes fonctions à assumer seraient fixées pour chaque grand secteur d'administration (en principe chaque département ministériel), **par filière professionnelle et par cadre de fonctions**. Cette opération clé de définition des fonctions, qui devrait concrétiser le travail de programmation prévisionnelle des emplois et des compétences demandé depuis longtemps dans toutes les administrations, devrait intervenir, pour que la cohérence d'ensemble de l'administration soit sauvegardée, sur la base d'une directive-cadre du Premier ministre précisant les modalités de définition de ces fonctions. Au besoin, elle pourrait être réalisée dans le cadre d'un accord passé avec les organisations syndicales représentatives.

En cas de vacance d'emploi dans un cadre de fonctions donné, le département ministériel compétent serait libre d'y pourvoir, soit par appel à candidature ouvert à tout agent y appartenant déjà, soit par recrutement dans les conditions fixées par le statut, tel qu'il résulterait du « décret filière » évoqué plus haut.

Le rôle des écoles administratives ne serait aucunement modifié sur le principe : les différentes administrations continueraient, comme par le passé, à recruter les agents dont elles ont besoin pour remplir telles ou telles fonctions relevant de tel ou tel cadre de fonctions, en ouvrant des concours et en formant les agents reçus aux concours dans les écoles administratives dont elles disposent. Ainsi par exemple, les administrations financières continueraient à recruter par concours les agents d'inspection dont elles ont besoin et à les former à l'école des impôts ou à l'école du trésor. Simplement ces agents appartiendraient à un même cadre de fonctions, bien qu'ayant été recrutés de façon distincte, sur la base de leurs spécialités propres, et bien qu'ayant été formés dans des écoles différentes. Il en serait de même pour les écoles administratives interministérielles, IRA et ENA : les différentes administrations continueraient à définir leurs besoins de recrutement d'attachés d'administration, et les IRA



continueraient à former les candidats reçus aux concours ; le Premier ministre continuerait à déterminer chaque année, d'une part le nombre des postes ouverts aux concours d'entrée à l'ENA, et d'autre part la répartition des postes offerts à la sortie de l'école entre les différentes administrations ou institutions. Il en serait de même pour les écoles d'application de Polytechnique.

Un des grands apports de cette structuration de la gestion des agents, surtout si elle était accompagnée, comme il est envisagé plus loin, d'une organisation des CAP, non par cadres de fonction, mais par grands niveaux de fonctions (A, B, C) serait de permettre une déconcentration à peu près généralisée de la gestion des personnels des services déconcentrés³⁰⁵, au bénéfice des chefs de service, y compris pour ce qui est de l'organisation des concours de recrutement, ce qui contribuerait à accélérer les recrutements et à adapter les profils aux besoins. Au besoin, pour certains cadres de fonctions et pour certains actes, une gestion par l'administration centrale pourrait être conservée. Afin de favoriser la mobilité et les économies d'échelle, une cellule pourrait être constituée, dans chaque département, auprès du préfet, pour organiser des concours communs ou des formations communes, et assurer la diffusion des emplois vacants dans certains cadres de fonctions de chaque filière, sinon gérer les mobilités d'une administration à l'autre.

Cette structure de gestion de la fonction publique, qui combine éléments statutaires et éléments fonctionnels, est susceptible pratiquement d'être appliquée à l'ensemble de la fonction publique d'État entrant actuellement dans le champ du statut général³⁰⁶, voire même d'être étendue aux fonctions publiques territoriale et hospitalière, comme on le montrera plus loin.

On notera que l'Espagne, seul grand pays à avoir eu un système de corps comparable au nôtre, quoique plus rigide, avec une prépondérance des corps dits « *spéciaux* », à statuts très spécifiques, par rapport aux corps dits « *généralistes* » à vocation transversale et interministérielle, a, par une loi du 2 août 1984, procédé à une coupure assez stricte entre les corps et les emplois. Depuis cette loi, la gestion des ressources humaines est organisée à partir des emplois. Un tableau des emplois est établi pour chaque ministère et actualisé chaque année. Pour chaque emploi ou type d'emplois, sont déterminées les caractéristiques du poste et les compétences requises pour l'occuper (académiques ou professionnelles), ainsi que le niveau de rémunération complémentaire qui y est associé. L'appartenance à un corps donné ne donne plus vocation à des postes déterminés ; ce sont les tableaux d'emploi qui font mention des corps ayant vocation à tel ou tel emploi. Il n'y a jamais d'emploi exclusivement réservé à un corps. Les emplois sont en principe pourvus à l'issue d'un processus de sélection (mémoire et entretien) valorisant le profil de l'agent, le niveau de son grade personnel, la formation continue poursuivie, l'ancienneté. La carrière des fonctionnaires au sein de chaque corps dépend

305 - Cela résulterait notamment du fait qu'en ce cas, l'exigence d'un effectif minimum pour permettre utilement une déconcentration complète serait le plus souvent remplie.

306 - Les magistrats de l'ordre judiciaire qui n'entrent pas dans ce champ ne sont pas concernés. Pour les membres des juridictions administratives ayant un statut de magistrat ou équivalent, la question devra être examinée le moment venu.



essentiellement des emplois occupés, dès lors que leur grade personnel est déterminé par l'exercice pendant au moins deux ans d'une fonction de niveau correspondant à ce grade ; cela peut inciter à une sorte de « *course aux postes* » pour progresser, avec cet aspect négatif que la candidature à un poste peut être moins déterminée par un intérêt professionnel propre que par le grade auquel il permet d'accéder.

Une structure de gestion par cadres de fonctions correspondant à quelques niveaux de fonctions de quelques filières professionnelles, telles qu'on vient de l'esquisser en substance, serait de nature à éviter ce risque en donnant mieux sa place, à tous les niveaux de fonctions, au professionnalisme attendu des fonctionnaires. Elle ne ferait d'ailleurs pas obstacle aux changements d'orientation professionnelle en cours de carrière, soit par voie de détachement temporaire dans un cadre de fonctions d'une autre filière professionnelle, soit par candidature au recrutement direct dans ce dernier cadre en vue d'une intégration.

Le choix entre les deux orientations fondamentales concevables – maintien du principe d'une structure par corps, au sens classique du terme, ou adoption du principe d'une structure par cadres de fonctions – mérite d'être éclairé par une réflexion plus approfondie sur les enjeux.

2.2.3.2. Les enjeux déterminants du choix

De nombreux rapports, ouvrages ou articles ont déjà inventorié les évolutions à envisager dans la gestion des agents publics, et notamment des hauts fonctionnaires³⁰⁷. On se bornera ici à faire le point sur les enjeux attachés, d'une part aux principes de recrutement, de formation et de déroulement de carrière, et d'autre part aux principes de rémunération et aux conditions de reconnaissance du mérite.

Les règles de recrutement, de formation et de déroulement de carrière

Le recrutement et la formation revêtent dans la fonction publique, comme dans tous les secteurs de l'activité nationale, une importance permanente et capitale, car c'est finalement de la bonne organisation et de la bonne qualité du recrutement et de la formation que dépend l'efficacité d'un organisme³⁰⁸. Cette importance y est encore renforcée du fait que la fonction publique est censée recruter pour une vie professionnelle ou à tout le moins pour une carrière et que le principe d'égal accès a une valeur constitutionnelle.

Les administrations employeuses ne sont pas restées sourdes aux diverses critiques adressées depuis longtemps³⁰⁹ aux pratiques de recrutement et de

307 - Voir en particulier le rapport du Commissariat général du Plan, *Fonction publique : enjeux et stratégie pour le renouvellement*, réalisé sous la présidence de Bernard Cieutat, la Documentation française, 2001.

308 - Voir Jacques Ziller, *La formation en cours d'emploi des agents de l'État : la France fait-elle mieux que ses voisins ?*, Le service public en recherche, Commissariat général du Plan, la Documentation française.

309 - Voir notamment Marceau Long, « Les problèmes actuels de la fonction publique », cours professé à l'ENA mars/avril 1967.



formation de la fonction publique : à une tendance à privilégier les formations scolaires ou universitaires dans l'accès aux emplois publics, elles ont répondu notamment par le recours aux troisièmes concours ouverts dans de très nombreux corps à des candidats justifiant de l'exercice pendant une certaine durée d'une ou plusieurs activités professionnelles ou d'un ou plusieurs mandats de membre d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ou encore d'une activité associative ; pour remédier à la perte de temps pour les candidats et les gestionnaires résultant du retard à l'entrée en fonction provoqué par la lourdeur du concours sur épreuves, ont été créés les concours sur titres ³¹⁰, désormais permis dans tous les corps de fonctionnaires qui nécessitent « *une expérience ou une formation préalables* » ; pour éviter la lourdeur liée aux concours par corps, elles ont adopté la pratique des concours communs et des concours nationaux par bassin géographique, ou encore de recrutements sans concours en échelle 2 ³¹¹ ; la simplification des épreuves a répondu dans de nombreux cas aux critiques soulignant leur mauvaise adaptation.

Reste que quelques-unes de ces critiques sont demeurées sans réponse et méritent de nouvelles réflexions, outre celles qui seront appelées par la nécessité, analysée dans la première partie, de concilier le droit du recrutement et de la formation initiale dans la fonction publique avec, d'une part, le principe de libre circulation des travailleurs, et, d'autre part, les ajouts apportés par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 au Code de l'éducation.

Il est certain en tout cas que les règles de recrutement, de formation et de déroulement de carrière dans la fonction publique d'État, qui sont de plus en plus intimement liées, sont devenues des enjeux importants à plusieurs titres.

En premier lieu, il s'agit de favoriser le développement de la promotion professionnelle, en particulier en tirant parti de ce que l'on a pu appeler les surqualifications, qui ont été relativement importantes dans les années passées ³¹². De façon plus générale, l'élévation des niveaux de diplômes des fonctionnaires recrutés dans les différentes catégories, par rapport à ce qu'il en était en 1946, doit conduire à reconsidérer la conception des carrières et à être particulièrement vigilant sur la place à donner en particulier à la promotion au choix dans un corps (ou cadre de fonctions) d'un niveau hiérarchique supérieur. Une telle option nécessiterait, pour trouver sa légitimité, la mise en place de comités de sélection à composition impartiale garantissant l'égalité de

310 - Voir en ce sens, l'expérience significative conduite au ministère de l'agriculture pour le recrutement des ingénieurs des travaux, où la part du recrutement sur titres est passée de 10 % à 40 %.

311 - Voir Jacky Richard, « La nécessaire diversification des voies d'accès à la fonction publique », *ENA - mensuel*, août-septembre 2002, p. 33.

312 - Le phénomène de surqualification qui n'est pas propre à la fonction publique et est lié à la situation de l'emploi, résulte de ce que les agents recrutés dans les différents corps se trouvent surqualifiés par rapport au niveau de diplôme exigé pour l'accès au corps en cause ; les agents ainsi recrutés se trouvent de ce fait plus spécifiquement appelés à bénéficier de promotions internes rapides. D'une enquête réalisée à l'Éducation nationale, sur les candidats admis au concours d'agent administratif (catégorie C) en 1995, 40 % étaient titulaires du baccalauréat ou d'un titre équivalent, 14 % d'un titre de niveau III et 5 % d'un niveau II ; la même année, au concours d'adjoint administratif (catégorie C également), « le phénomène du surdiplôme » était encore plus marqué : 36 % des admis étaient de niveau IV, 28 % de niveau III et 14 % de niveau II. C'est pourquoi d'ailleurs la loi du 3 janvier 2001 a prévu pendant 5 ans la possibilité de recrutement sans concours « *dans les corps de fonctionnaires de catégorie C dont le grade de début est doté de l'échelle de rémunération la moins élevée de cette catégorie* ».



traitement des candidats. Cette approche devrait en particulier contribuer à trouver une amorce de solution à la délicate question des « *secondes carrières* » des agents aux alentours de 50 ans, qui se pose à tous les niveaux de la hiérarchie administrative, comme d'ailleurs dans l'ensemble du secteur public et du secteur privé, en offrant aux agents en cause des possibilités d'accès aux corps (ou cadres de fonctions) supérieurs³¹³.

Cette notion de seconde carrière au sein de la fonction publique peut au surplus, surtout si elle est doublée d'une certaine réorientation, constituer une réponse plus générale au problème de la démotivation de nombre de fonctionnaires en fin de carrière. On observe en particulier une telle démotivation chez les enseignants dont beaucoup souffrent des difficultés particulières de ce métier, liées au caractère marqué de répétitivité des activités et des rythmes de travail, sans parler de la remise en cause l'autorité du maître par les élèves et les parents. Pour ces enseignants, outre l'accès à d'autres métiers, les voies susceptibles d'être explorées pourraient consister à évoluer, pour ceux qui le souhaitent, au cours des dernières années de carrière, vers des fonctions moins exposées que celles propres à l'enseignement en présence d'élèves : formation à distance, orientation, tutorat...

En deuxième lieu, doit être de plus en plus pris en compte le fait que la fonction publique peut être une deuxième ou une troisième carrière professionnelle, après une expérience professionnelle dans un autre secteur d'activité³¹⁴, et que la qualification, les connaissances, les savoirs ne passent pas par le filtre unique de l'université : « *ils peuvent s'acquérir également par la validation des acquis de l'expérience ; lorsque celle-ci est reconnue, on élargit ainsi largement les viviers de qualification* »³¹⁵. Pour donner toute leur place à ces troisièmes voies, il ne paraît plus possible de s'en tenir aux seuls troisièmes concours, fort heureusement posés comme voie normale de recrutement par la loi du 3 janvier 2001.

Il paraît nécessaire, de prévoir la possibilité d'accéder à la fonction publique en cours de carrière par le biais d'une sélection sur dossier, sans concours sur épreuves au sens strict du terme. Pour assurer l'égal accès de tous aux emplois en cause et éviter tout retour au favoritisme ou à l'arbitraire, il conviendrait d'encadrer cette procédure de recrutement par des conditions très strictes : justifications précises des raisons du recours à cette procédure, en particulier par référence aux conclusions des études menées sur les besoins en métiers, à moyen et long terme, menées dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois, des effectifs et des compétences ; appel public à candidature ; choix par un comité de sélection composé de façon impartiale ; définition très précise des critères de sélection pour permettre un contrôle par le juge.

313 - Voir en ce sens, Serge Vallemont, « Les retraites des fonctionnaires », contribution aux travaux du Conseil d'orientation des retraites, et l'exemple qu'il donne de seconde carrière dans la fonction publique hospitalière, pour l'accession à la fonction de cadre soignant.

314 - Ce qui conduit au demeurant à prendre en compte dans la réflexion sur les pensions des fonctionnaires, comme y invite le Conseil d'orientation des retraites dans son rapport, p. 254, l'existence de plus en plus fréquente de nombreux pluripensionnés, c'est à dire de personnes qui relèvent de plusieurs régimes de base.

315 - Jean-Paul Roux, « Les enjeux du recrutement dans la fonction publique », compte-rendu de la journée d'études de la DGAFP du 3 avril 2002, précité.



Ce dispositif devrait permettre de limiter le recours à des agents contractuels, au cas des besoins spécifiques.

Si la fonction publique entend réussir une telle mutation, il est capital qu'elle change sa vision de la formation, en ne focalisant plus son attention et ses moyens financiers sur la seule formation initiale en école administrative ou sur une formation continue tournée vers la préparation des concours et reconduisant en fait les agents vers la formation initiale ; elle doit consacrer aussi ses efforts à une formation continue renouvelée, proche des réalités et des besoins professionnels des agents comme de l'administration. Ce sera la meilleure réponse à ceux qui craignent que la gestion fonctionnelle se borne à être une gestion « par » la compétence (en somme une marche vers une fonction publique d'emploi) et non « pour » la compétence (par valorisation des compétences des agents en place)³¹⁶. Une obligation d'envoyer les agents en formation continue à l'occasion des changements de postes, des modifications de missions, des restructurations de service, des promotions en cours de carrière, pourrait être mise à la charge de l'administration employeuse afin de généraliser la pratique de la « formation tout au long de la vie » souvent évoquée. La France a l'avantage de disposer en ce sens d'un maillage particulièrement riche d'écoles administratives, qu'il convient probablement de piloter plus activement, de façon à ce qu'elles travaillent davantage en réseaux, en particulier d'une fonction publique à l'autre, et contribuent plus pleinement à aider les agents à accomplir leurs missions, dans la variété des exigences qu'elles comportent aujourd'hui.

En troisième lieu, en matière de recrutement et de formation de l'encadrement supérieur³¹⁷, qui se pose plus particulièrement dans la filière administrative et à laquelle la réflexion sera limitée, et concerne essentiellement l'ENA³¹⁸, il est utile de considérer de près les interrogations – allant parfois jusqu'à la mise en cause – qui se sont exprimées à son sujet.

Deux données objectives majeures³¹⁹ doivent d'abord être soulignées. D'une part, l'ENA est tout autant une école offrant une deuxième carrière à des élèves ayant un réel passé professionnel³²⁰ dans l'administration

316 - Rapport annuel de l'Observatoire de l'emploi public, juin 2001, observations des organisations syndicales, p. 92.

317 - Voir sur le sujet les Actes du colloque organisé par l'ENA en 1996, *Revue administrative*, n° spécial, 1996, avec la synthèse de Marcel Pinet, « Types de sélection, types de culture, types de formation », p. 76.

318 - La question du recrutement à l'École polytechnique est rarement posée en termes de démocratisation de ce recrutement, et si l'accès aux corps issus de Polytechnique se fait à partir du classement à la sortie de l'école, le poids de ce classement n'a jamais été fondamentalement contesté ; au surplus, des formations d'application avant l'entrée dans les corps sont organisées à la sortie de Polytechnique, orientées vers la satisfaction des besoins des administrations et sans la pesanteur d'un classement. Par ailleurs, on relèvera que statistiquement, s'agissant de l'État, et si l'on s'en tient, dans cette approche de l'encadrement supérieur, aux membres des corps de débouché de l'ENA et aux membres des corps de débouché de Polytechnique, la filière administrative et la filière technique comportent à peu près le même nombre de membres, de l'ordre de 6 500 chacun.

319 - Voir sur le sujet, l'analyse développée par Raymond-François Le Bris, ancien directeur de l'ENA, « La tentation de la diabolisation », *Le Figaro*, 14 novembre 2002.

320 - Ce passé professionnel peut être long puisque l'âge moyen d'entrée à l'ENA des élèves du concours interne et du troisième concours s'élève à plus de 35 ans, certains élèves approchant la cinquantaine.



(lauréats du concours interne) ou dans le secteur privé ou associatif (lauréats du troisième concours), qu'une école accessible à une cohorte de lauréats frais émoulus de l'appareil universitaire : en effet, outre que l'ENA a été la première école de fonctionnaires à être dotée d'un concours interne, formule reprise par la suite dans l'ensemble de la fonction publique, on doit ajouter que depuis de nombreuses années, la répartition des postes mis au concours est à peu près équilibrée entre le concours externe d'un côté, les deux autres concours de l'autre³²¹. D'autre part, l'ENA n'est pas la pourvoyeuse majeure des membres des corps dits *issus de l'ENA*. Pour une centaine d'élèves sortant chaque année de l'école, il faut compter nettement plus d'une centaine de membres qui accèdent à ces corps, après un vrai passé professionnel, par d'autres voies : tour extérieur, dont la proportion est élevée (six membres nommés au tour extérieur dans le corps des administrateurs civils ou dans le corps des secrétaires des affaires étrangères, pour neuf issus de l'ENA ; ce taux qui, lors de la création de l'ENA, était de un pour dix, est passé à 4 pour 9 en 1962) ; concours spéciaux qui n'ont pratiquement jamais cessé d'exister depuis de nombreuses années (par exemple dans le corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel), voie réservée aux officiers au titre de la loi n° 70-2 du 2 janvier 1970. Il en résulte que chaque année, les jeunes issus de l'appareil universitaire représentent à peine le quart du total des entrées dans la haute fonction publique administrative. **Il n'y a donc ni monopole de l'ENA sur la haute fonction publique de l'État, ni unicité de profil des fonctionnaires recrutés dans les corps d'encadrement, loin de là.**

Ces données, pour importantes qu'elles soient, ne peuvent évidemment suffire à occulter le fait que les élèves de l'ENA directement issus de l'appareil universitaire, et notamment de l'Institut d'études politiques de Paris, se taillent la part du lion dans l'accès aux grands corps à la sortie de l'école, et qu'ils connaissent dans l'ensemble une carrière plus rapide. Cela pose une première question relative au rôle de l'ENA comme voie d'accès accéléré à la haute fonction publique pour de jeunes candidats venant directement de l'appareil universitaire. Ce rôle peut-il être abandonné, soit que l'on renonce au caractère unique de la sélection, soit, plus fondamentalement, que l'on renonce purement et simplement à la possibilité d'entrée accélérée dans la haute fonction publique ?

Cette dernière hypothèse reviendrait à priver la haute administration de l'apport direct de jeunes gens sortant de l'enseignement supérieur, et donc à l'appauvrir, ce qui n'est pas réaliste au regard des besoins de l'administration, comme le montre d'ailleurs la mise en place assez systématique dans les pays voisins de systèmes de recrutement d'étudiants sélectionnés pour une entrée précoce dans l'encadrement supérieur public. Ainsi en Grande-Bretagne a été adopté depuis plusieurs années un dispositif qualifié de « *Fast Stream* », destiné à sélectionner, dès leur sortie de l'Université, des jeunes appelés à entrer d'emblée dans la haute fonction publique britannique ; cette voie rapide concerne chaque année 50 à 60 diplômés. Si un accès direct accéléré à la haute

321 - Alors que jusqu'en 1982, le concours interne ne représentait qu'un tiers des postes offerts à l'ENA.



fonction publique mérite donc d'être maintenu, il reste à savoir si l'on maintient une voie unique, et, si oui, selon quelle sélection. Renoncer à la voie unique, c'est en revenir au recrutement direct par chaque administration ou chaque corps, comme c'est la pratique en Allemagne, ce qui, pour la France, constituerait un retour en arrière par rapport aux décisions prises à la Libération, et que personne ne semble souhaiter. La question se ramène donc au procédé de sélection, concours ou autre méthode ; en toute hypothèse, cette opération doit être confiée à une structure interministérielle, placée auprès du Premier ministre et garantissant l'égalité d'accès. En fin de compte, s'il reste certainement possible en France de faire évoluer le processus de sélection à l'entrée à l'ENA dans son contenu et dans la composition du jury appelé à se prononcer³²², rien ne s'oppose a priori à ce que l'ENA en conserve la gestion.

La deuxième question, plus difficile, a trait à la formation dispensée aux lauréats du concours d'entrée à l'ENA. Le principe d'une formation commune à tous les lauréats a été posé en France dès la création de l'école (c'était une des raisons de sa création), par l'ordonnance du 9 octobre 1945 et dans l'idée d'enseigner à tous « *les techniques de la vie administrative et politique ; [...] de développer en eux le sentiment des hauts devoirs que la fonction publique entraîne et les moyens de les bien remplir* ». L'ordonnance prévoyait expressément des stages.

Si ce principe de formation initiale en école des fonctionnaires nouvellement recrutés est bien implanté en France, comme en Espagne, d'autres modèles existent. En Grande-Bretagne, les nouvelles recrues commencent immédiatement à travailler dans leur ministère avec de brèves sessions de formation d'une ou deux semaines périodiquement. De même, en Allemagne, les hauts fonctionnaires ne sont pas appelés à suivre une formation après leur recrutement ; ils sont seulement placés en position de stage pendant un à trois ans ; encore faut-il relever que, dans ce pays, le recrutement implique un processus long qui commence par deux examens d'État successifs, entrecoupés d'une formation de deux ans et demi³²³, mais ouverts de façon indifférenciée pour l'accès à toutes les professions de juristes (magistrats, notaires, barreau et fonction publique), et qui se termine par la sélection proprement dite pour la fonction publique. Cependant, en Allemagne comme en Angleterre, il n'existe pas de voie spécifique de promotion interne vers la haute fonction publique. De plus, l'absence de formation commune des hauts fonctionnaires recrutés entraîne l'absence de ce qui est considéré comme un atout majeur de la

322 - En Grande-Bretagne, la procédure de sélection, qui est, comme en France, interministérielle se fait en deux temps ; tout d'abord une phase en quelque sorte d'élimination, sous forme d'épreuves simplifiées, permettant de ne retenir parmi 4 à 5000 candidats que les seuls justifiant une sélection plus fine ; la deuxième phase consiste en deux journées de tests psychomoteurs et d'évaluations fondées sur des travaux collectifs permettant d'apprécier les capacités de négociation, les qualités relationnelles et l'habileté à diriger une équipe. Aucun cursus universitaire ne prédispose, en théorie, à la réussite au concours d'entrée ; toutefois, un tiers des reçus sont issus des universités d'Oxford et de Cambridge et la majorité des candidats reçus sont titulaires d'un diplôme en « *Arts and Humanities* », même si une proportion croissante de reçus est titulaire d'un diplôme scientifique ou technique. Cette sélection est effectuée par une commission composée d'un fonctionnaire en fin de carrière, d'un jeune ayant lui-même été recruté dans le cadre du « *Fast Stream* » et d'un psychologue.

323 - En particulier à l'École supérieure d'administration publique de Speyer, école financée par le Bund et les Länder.



France, une véritable solidarité et une forte cohésion dans la haute fonction publique ³²⁴, et fait obstacle à la mobilité ; les « Fast Streamers » britanniques comme la plupart des cadres de la fonction publique germanique effectuent toute leur carrière administrative dans le même ministère.

La question en France est d'ailleurs moins le principe de cette formation commune que sa durée et son contenu, ainsi que le classement qui la sanctionne. Le contenu des enseignements est effectivement très homogène, ponctué de multiples épreuves de classement et de ce fait empreint d'une approche scolaire, en dépit des expériences de stages variés offertes aux élèves. Une évolution du contenu de la formation en fonction des profils des élèves suppose-t-elle celle du classement lui-même ? D'aucuns préconisent, pour limiter le poids psychologique de celui-ci, de supprimer l'accès direct aux grands corps, qui ne devraient recruter que des candidats ayant une expérience professionnelle, ce qui est oublier que la moitié des élèves de l'ENA ont déjà cette expérience et que leur éventuelle entrée dans ces corps serait donc encore retardée ; que les grands corps ont un réel besoin, pour exercer leurs fonctions, notamment juridictionnelles, d'un apport immédiat de jeunes esprits brillants ; que l'on risque de supprimer ainsi un des attraits des concours d'accès à la haute fonction publique ; et que de toute façon, il faudrait bien un classement pour permettre le choix entre les ministères, de telle sorte que ce classement continuerait inévitablement à peser. Rappelons en effet que le classement n'a pas pour objet de constituer annuellement un palmarès, mais uniquement de trouver une réponse aussi impartiale que possible au principe, posé lors de la création de l'école, du choix du premier poste par l'élève, et non par l'administration qui le reçoit.

Aussi, si le classement tel qu'il est pratiqué devait être objectivement regardé comme un obstacle à une évolution de la durée, du contenu et des modes de formation, probablement vaudrait-il mieux le faire évoluer : on pourrait imaginer un classement fait pour partie des résultats des concours d'entrée, pour partie de la note de stage, et pour partie du résultat d'un entretien des élèves avec un jury, en fin de scolarité, portant sur le contenu de leur scolarité et sur leurs travaux. On pourrait envisager que ces interrogations soient organisées en relation avec le projet professionnel de l'élève ; on pourrait songer aussi à des épreuves beaucoup moins nombreuses, effectuées sur la base d'un travail en situation demandé à chaque élève, et dont auraient été déterminées préalablement les modalités de réalisation ; on pourrait même songer à un recrutement donnant une plus large part aux attentes des

324 - Les Pays-Bas s'attachent à avoir cette cohésion par d'autres moyens : un Bureau néerlandais de la Haute fonction publique a été créé en septembre 1995, pour « renforcer » les niveaux supérieurs de la fonction publique et développer la « confiance mutuelle » entre les personnes appartenant à ces niveaux, ainsi que leur mobilité d'un ministère à l'autre, voir Tribune de la gestion publique, OCDE, Sigma, novembre-décembre 1998, p. 4.



différentes administrations ou institutions³²⁵ ; il faut toutefois avoir conscience qu'on se détournerait ainsi du principe rappelé ci-dessus.

En arrière plan des débats sur le rôle positif ou négatif de l'ENA, se pose en réalité le problème plus global des carrières dans la haute fonction publique et des conditions d'accès aux emplois fonctionnels de direction.

En premier lieu, le différentiel très réel qui peut être apporté à une carrière individuelle, en aval d'un premier poste, selon le ministère ou le corps d'accueil est en effet l'un des déterminants de la pression très lourde apportée par le classement. Une organisation plus homogène des carrières, tenant davantage compte des compétences et des acquis de chacun que du poids ou de l'excellence des corps ou des ministères d'accueil, contribuerait à dédramatiser le choix du poste de sortie. De même une mobilité facilitée, y compris vers des ministères actuellement encore peu ouverts à ceux qui n'y ont pas fait toute leur carrière, serait un argument pour convaincre les élèves sortant de l'école que leur vie professionnelle ne s'arrête pas le jour de « l'amphi-garnison ». En second lieu, dans le cheminement des carrières, la nomination aux emplois de sous-directeurs, chefs de service et directeurs apparaît peu organisée et préparée, et elle ne fait pas toujours apparaître une recherche de l'adéquation profil-poste. On ne peut que regretter que l'administration ne s'impose pas plus de rigueur. C'est probablement dans ces deux écueils que réside le problème central de la haute fonction publique³²⁶, plus que dans le rôle de l'ENA.

Deux méthodes pourraient permettre d'y remédier :

La première s'inspirerait du modèle que l'on qualifie encore « d'école de guerre », malgré le remplacement de celle-ci par un cycle d'enseignement militaire supérieur conclu par une scolarité au Collège inter-armées de défense (CID), qui a fait ses preuves, et consisterait en un repérage organisé et progressif, au sein du vivier de ceux susceptibles d'être promus, des plus aptes à une carrière de responsabilité et d'encadrement, et en une préparation à la carte à ces postes de direction. Cette préparation, plus soignée que celle qui existe actuellement, impliquerait de faire sortir ces futurs cadres de leur monoculture d'administration centrale, en particulier en exigeant que les postulants à des emplois supérieurs, notamment les plus élevés, aient la triple expérience de l'administration centrale, de services déconcentrés, et de l'administration au niveau international et particulièrement communautaire ; la nomination ne pourrait intervenir que sur la base d'une vraie sélection garantissant que les postulants présentent toutes les compétences exigées pour l'occupation du poste.

325 - En Grande-Bretagne, ce sont les ministères qui choisissent leurs candidats, parmi les 50 ou 60 personnes sélectionnées par la commission de sélection ; le classement opéré par celle-ci, guide largement, il est vrai, ce choix. Mais le classement est effectué par groupe de qualité. Les mieux classés sont en général retenus par le Département du Trésor. Il n'y a aucun « *reçu-collé* », car les offres de recrutement sont supérieures à la demande.

326 - Sur les multiples facettes du problème de l'encadrement supérieur en France, voir Luc Rouban, *La fin des technocrates*, Presses de Sciences politiques, 1998 ; « Les élites de la République sur la sellette », *Esprit*, octobre 1997.



La seconde, plus audacieuse et à manier avec plus de prudence, consisterait à sortir du vivier naturel (les membres des corps issus de l'ENA, et, sous certaines conditions les membres des corps techniques supérieurs et de certains autres corps, auxquels un décret du 19 septembre 1955 réserve les emplois de chef de service, directeur adjoint et sous-directeur³²⁷), et à procéder, pour certaines nominations de sous-directeurs, chefs de service ou directeurs, à un appel à candidatures ouvert vers tout le secteur public et privé, comme cela se pratique en Grande-Bretagne³²⁸ ; l'effet attendu de cet appel extérieur serait de modifier radicalement les modalités de choix des personnes pour les rendre plus rationnelles et plus claires. Une telle évolution conduirait à sortir partiellement du modèle 1945-1955, mais c'est une demande forte de nombreux responsables des grandes administrations. Ce mécanisme serait facilité par l'organisation de formations professionnelles courtes et ciblées sur les postes concernés ; il faudrait bien entendu l'accompagner d'un suivi renforcé de la gestion des fonctionnaires recrutés par la voie de l'ENA, et de précautions propres à éviter les dérives et à remettre en cause la neutralité et l'égalité d'accès.

Dans cette politique de l'encadrement supérieur, une attention particulière devrait être réservée aux gestionnaires de personnels, et en premier lieu aux directeurs de personnels de chaque ministère et à leurs collaborateurs ; le pilotage de la gestion du personnel suppose à la fois une bonne connaissance de la culture du ministère, une maîtrise avérée des politiques et outils de gestion des hommes, une vraie responsabilité dans l'exercice des missions, et enfin la possibilité d'agir dans la durée. Il conviendrait d'en tirer les conséquences pour ce qui est du choix de ces directeurs et de leurs collaborateurs et de la définition des objectifs qui leur sont assignés ; les fonctions de direction des ressources humaines doivent être à la fois professionnalisées et valorisées, et elles ne doivent plus être si étroitement, aux deux sens du terme, pilotées par des cabinets ministériels plus préoccupés de court que de long terme. Enfin, la politique de l'encadrement supérieur n'atteindra tous ces résultats que si cet encadrement est pleinement responsabilisé sur des objectifs et des moyens, comme cela est de plus en plus pratiqué vis-à-vis des chefs de service déconcentrés, mais malheureusement encore largement ignoré en administration centrale. De ce point de vue, l'application de la nouvelle loi organique relative aux lois de finances devrait déjà ouvrir des voies d'avenir, pour peu que les potentialités en soient suffisamment exploitées par les gestionnaires.

Plus généralement, l'appropriation d'un trop grand nombre de postes de responsabilité, dans l'administration, dans l'économie et dans la politique par des hommes ayant le même profil, qui crée le risque d'une impression de concentration du pouvoir aux mains d'une élite unique, détentrice de l'expertise et éloignée des citoyens, ne peut être imputée à l'ENA ni exclusivement, ni même principalement. Elle est la marque d'une société qui peine à renou-

327 - Décret n° 55-1226 du 19 septembre 1955, plusieurs fois modifié, relatif aux conditions d'accès aux emplois de chef de service, directeur-adjoint et sous-directeur dans les administrations centrales de l'État.

328 - La Belgique expérimente également le recours à des managers professionnels issus du monde de l'entreprise et rémunérés conformément au marché de l'emploi.



veler ou diversifier ses élites, ou à sortir du modèle colbertiste traditionnel. Elle met en cause les conditions de la démocratie politique, économique et sociale, comme les missions et le fonctionnement du système éducatif, notamment de l'Université, et non pas seulement le mode de recrutement et de formation des hauts fonctionnaires.

Les principes de rémunération et les conditions de reconnaissance du mérite

La question des rémunérations est évidemment essentielle dès lors que l'on parle de la gestion des personnels, comme elle l'est dans toute institution. Certains de ses aspects ont déjà été abordés ou échappent au champ principal de cette réflexion, par exemple la comparaison des niveaux de rémunération entre le secteur public et le secteur privé selon les qualifications et la durée d'activité. En revanche, il est ici utile d'insister sur deux points.

En premier lieu, et comme l'ont montré les récentes études conduites par la Cour des comptes³²⁹, la structure des rémunérations est complexe, variable d'une administration à l'autre et d'une forte absence de lisibilité. Ce n'est pas là un des moindres paradoxes de notre fonction publique, si attachée à la grille, et c'est un des grands échecs de la politique interministérielle de la fonction publique. **Il apparaît donc urgent**, comme le recommandait déjà le rapport sur « *L'État en France – servir une nation ouverte sur le monde* »³³⁰, **de clarifier le système des rémunérations publiques.**

À l'avenir, la rémunération des agents de l'État devrait pouvoir être constituée, comme le suggérait aussi le rapport précité, et comme le préconise pratiquement le Comité interministériel de la réforme de l'État qui s'est tenu le 15 novembre 2001, de trois éléments :

- le traitement principal, correspondant au grade et à l'échelon d'appartenance de l'agent, identique pour tous les agents de même niveau ;
- un complément rémunérant la fonction ou l'emploi, fixé en fonction tant du métier exercé et des compétences requises pour l'exercice de ce métier ou des métiers de la filière professionnelle, que des sujétions (pénibilité, difficultés intrinsèques d'exercice du métier en raison de l'environnement ou des caractéristiques des usagers...) ou de la localisation de l'emploi. Ce complément serait de mise en œuvre d'autant plus facile et efficace qu'une distinction plus marquée serait introduite entre le grade et l'emploi, et qu'une méthode de cotation rigoureuse des postes serait appliquée ;
- un complément indemnitaire modulable rémunérant la performance individuelle de l'agent ou son implication dans le travail, ou la performance collective du service dans lequel il est affecté.

Pour avoir des chances d'aboutir, une telle restructuration devrait se faire dans le respect scrupuleux de quelques principes : une harmonisation du niveau moyen des primes entre ministères, pour mettre fin aux disparités considérables existant actuellement ; un pilotage budgétaire strict et public des enve-

329 - Cour des comptes, *La fonction publique de l'État – rapport public particulier*, décembre 1999 et avril 2001, Les éditions des Journaux officiels.

330 - Rapport de la Mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, déjà cité.



loppes affectées à la rémunération, globalement et par administration, en cohérence avec les objectifs de modernisation de la gestion publique ; une simplification des régimes indemnitaires (sur la base de l'orientation indiquée plus haut), aucun résultat contrôlable ne pouvant être obtenu avec le pullulement actuel de textes indemnitaires ; un affichage clair des règles du jeu en matière d'évaluation des agents et du lien qui pourra exister entre les résultats de cette évaluation et le niveau de la rémunération ; une détermination homogène, par rapport au traitement indiciaire, de la quote-part de la rémunération globale fixée en fonction de l'emploi et de celle fixée en fonction de la performance individuelle ou collective, puis du degré de modulation susceptible d'intervenir. Il conviendrait aussi de déterminer le bon niveau de prise des décisions pour l'application de ce système de rémunération et les conditions de concertation à respecter.

Il pourrait être utilement recherché une inspiration dans le système assez similaire déjà mis en œuvre à la Poste. La rémunération d'un agent y est faite de trois éléments : le traitement indiciaire (y compris l'indemnité de résidence et le supplément familial de traitement) qui rétribue le niveau de grade et l'ancienneté ; le complément poste, qui se substitue aux 150 primes et indemnités existant antérieurement à la reclassification, différencié par niveau de fonction ; ce complément n'est pas sans lien avec l'appréciation ; il est réduit automatiquement d'une proportion prédéfinie pour les agents classés en catégorie d'appréciation D (appréciation la plus faible dans une hiérarchie allant de A à D et signifiant « défavorable ») ; et une part variable destinée à reconnaître la contribution au développement de la Poste, en particulier pour les cadres supérieurs, cadres et agents de maîtrise ; son montant est modulé par niveau de fonction, et dépend de l'implication individuelle de chacun et des résultats obtenus.

En second lieu, il faut s'interroger sur l'éventail des rémunérations. On a pu constater au cours des vingt dernières années un certain tassement de la grille, lié à la fois au fait que les corps dits de catégorie A supérieure n'ont pas été inclus dans les « accords Durafour » et n'ont fait l'objet que de revalorisations limitées dans les toutes dernières années (une logique de revalorisation fonctionnelle ayant été préférée à une revalorisation statutaire), et au fait que, lors des négociations salariales intervenues à la même époque, il a été décidé l'attribution d'un nombre important de points d'indice au profit des fonctionnaires les plus modestes. Il en résulte deux conséquences préoccupantes. Pour ce qui est du bas de l'échelle, l'espace indiciaire séparant les échelles du bas de la grille se trouve très réduit ; ainsi un agent administratif effectuant toute sa carrière au sein des échelles 2 et 3 verrait sa rémunération de base progresser de moins de 30 % entre le début et la fin de sa carrière. Cette faible espérance de progression de rémunération pose de lourds problèmes, dans une situation où les perspectives démographiques devraient conduire à offrir aux personnels de réelles possibilités de développement de carrière, pour les inciter à rester plus longtemps en fonction. Pour ce qui est du haut de l'échelle, on constate, comme le relevait déjà le rapport sur l'encadrement supérieur³³¹, un écrêtement constant des rémunérations de la haute fonction

331 - Rapport réalisé sous la responsabilité de M. Jean Prada et de M. Alain Ménéménis.



publique, qui crée un décalage croissant par rapport aux rémunérations des cadres dans les secteurs privé et parapublic. Cette évolution jointe à une dégradation de la situation des cadres par rapport aux employés risque de peser lourdement sur l'attractivité de la haute fonction publique et sur les conditions dans lesquelles interviendra le renouvellement démographique annoncé.

Par ailleurs, comme il a été abondamment souligné dans la première partie, il existe, à côté des textes et de la jurisprudence, un droit coutumier, né des pratiques et de la négociation, qui aboutit à vider d'une partie de leur substance certaines des prérogatives des gestionnaires, pour y substituer automatisme, ancienneté, égalitarisme... ; ainsi d'une manière générale, en matière de reconnaissance du mérite.

Sur tous ces points, il est impératif que l'administration se réapproprie ses prérogatives et tout simplement assume ses responsabilités, et cela devrait être un objectif prioritaire d'une nouvelle politique de gestion de la fonction publique.

Encore ne doit-il pas être perdu de vue que les pratiques déplorées trouvent une part importante de leur origine dans des éléments de caractère structurel et statutaire, comme le cloisonnement en corps multiples, la dilution des responsabilités de gestion, la centralisation dans les directions de ressources humaines des décisions individuelles de gestion et la rigidité de l'appareil réglementaire. **Et c'est pourquoi on ne peut qu'insister à nouveau sur le caractère central des mesures suggérées visant à desserrer l'étau statutaire et réglementaire, et à sortir du cadre étroit des corps actuels pour pouvoir plus facilement déconcentrer la gestion des personnels.** Cette dernière exigence est probablement la plus essentielle, car elle touche au système de gestion et, comme il a été rappelé, pour que la gestion des personnels devienne une réelle gestion des ressources humaines, elle doit relever de ceux qui ont la responsabilité immédiate des agents et dont relèvent les missions à accomplir, c'est-à-dire, pour ce qui est de l'État, les chefs de services déconcentrés et pour ce qui concerne leurs agents, les directeurs d'administration centrale. L'objectif de déconcentration de la gestion est totalement transversal à tout projet de meilleure gestion de la fonction publique.

Cette orientation prise, il sera plus aisé de mettre l'accent sur une pratique plus exigeante, consistant à redonner toute sa place au mérite, point qui constitue une pierre de touche de la gestion des personnels de la fonction publique. « *Toute organisation finit par avoir le destin de son système de récompense* » a pu écrire un spécialiste de la gestion des personnels³³².

Certes, il faut en la matière se garder de tout simplisme, et il serait notamment erroné d'imaginer qu'en l'objectif poursuivi puisse être atteint par quelques mécanismes simples qu'il suffirait d'un peu de volonté ou de courage pour mettre en œuvre. Certes aussi, il ne peut pas être perdu de vue que toute avancée en la matière suppose une condition de base qui n'est pas aisée à remplir : que la distinction en fonction du mérite intervienne sur des fondements objectifs, et puisse être perçue par les agents comme pleinement légi-

332 - Hervé Seryex, *La nouvelle concurrence*, Maxima, 2001.



time et compris de façon non déraisonnablement différente dans les différentes circonscriptions où s'exerce le nouveau pouvoir. Ce que l'on veut souligner est qu'elle est étroitement liée une gestion active des ressources humaines et découle davantage de celle-ci qu'elle ne peut la précéder. C'est ce qui explique que la plupart des tentatives de modulation des primes conduites isolément d'une politique d'ensemble de gestion des ressources humaines, en dehors des quelques cas où des critères objectifs existent naturellement, aient fini par échouer. En ce sens, la récente réforme du régime de la notation, dans la fonction publique de l'État, réalisée par le décret du 29 avril 2002, constitue un premier pas, car elle doit permettre la généralisation d'une évaluation qualitative des agents, mais la date à laquelle elle est intervenue suffit à montrer tout le chemin qui reste à parcourir.

Il est sûr aussi que la reconnaissance du mérite doit être suffisamment diversifiée pour ne pas tomber dans le simplisme et pour répondre à la diversité des attentes des agents ; il y a le volet rémunération au travers des primes, mais il y a aussi les conditions de travail, les moyens de fonctionnement, la possibilité d'enrichir ses compétences et, plus que tout, les perspectives de carrière ; la meilleure récompense du mérite ne réside-t-elle pas en effet dans une organisation de la carrière qui permette à l'agent de diversifier et valoriser ses savoir-faire. Aussi bien est-ce pourquoi il est quasiment vain d'espérer une reconnaissance du mérite dans un système de gestion administrative qui ne distingue pas clairement carrière statutaire et carrière fonctionnelle.

Il reste que le temps est venu pour les pouvoirs publics de réaffirmer la primauté de la reconnaissance du mérite et donc de s'en donner les moyens, dans la ligne indiquée ci-dessus. Ils ont à leur disposition de multiples atouts, qu'il serait coupable de continuer à ne pas utiliser, tels que : la diversité des emplois susceptibles d'être occupés à partir du même grade, ce qui permet d'ajuster les emplois offerts en fonction de l'implication personnelle des agents dans leur travail ; les multiples possibilités d'individualisation des rémunérations indiciaires, au travers des indices fonctionnels, des statuts d'emploi et de fonction, des bonifications indiciaires, de la NBI³³³... ; la part importante des rémunérations accessoires ou primes, ce qui est assez spécifique à notre pays, les autres grands pays, en particulier l'Allemagne, ayant un régime de rémunération qui est loin d'avoir cette souplesse³³⁴.

333 - Sous réserve de remettre à plat la politique de la NBI, trop souvent marquée par une application contestable, comme le relève la Cour des comptes dans son rapport particulier d'avril 2001, p. 68 : propension au saupoudrage, « territorialisation » à rebours des critères fonctionnels affichés, utilisation à des fins catégorielles, attribution uniforme à un corps...

334 - L'Allemagne se caractérise par une grande uniformité de rémunération d'un ministre à un autre et au sein du même ministère. Le montant des primes est très faible, y compris pour les hauts fonctionnaires. Une réforme de la fonction publique intervenue en 1997 s'efforce bien d'étendre le rôle de la performance dans la rémunération, mais cela se traduit essentiellement par des possibilités d'avancement accéléré d'échelon : le fonctionnaire peut, après avoir été classé dans un échelon donné pendant la moitié du temps prévu, accéder plus tôt à l'échelon immédiatement supérieur, s'il fait preuve de manière continue d'une valeur professionnelle exceptionnelle ; ce type de progression ne peut être accordé, pour une année, qu'à 10 % des fonctionnaires en activité. Inversement, il peut y avoir des retards d'avancement.



2.2.4. Quelle architecture et quel pilotage pour l'ensemble de la fonction publique ?

Après avoir centré les développements qui précèdent sur l'organisation de la fonction publique d'État, il est possible d'élargir le champ de la réflexion à l'ensemble de la fonction publique, en prenant en compte tant les personnes relevant de la fonction publique territoriale et les personnes relevant de la fonction publique hospitalière que les fonctionnaires employés par l'État ou des établissements publics de l'État. La question de l'architecture et du pilotage de cet ensemble comporte trois volets distincts : celui tout d'abord de l'influence de la nature de l'employeur public sur le régime applicable aux agents ; celui ensuite de la participation des différentes catégories d'employeurs au pilotage du système de fonction publique ; celui enfin du pilotage de la gestion des agents propre à chaque grande catégorie d'employeurs publics.

2.2.4.1. L'influence de la nature de l'employeur public sur le régime applicable

Sur ce point il est instructif de comparer l'orientation retenue jusqu'ici en France aux solutions adoptées dans d'autres pays européens avant d'esquisser les voies possibles d'évolution.

L'orientation française au regard des solutions étrangères

Pour les raisons qui ont été explicitées plus haut, le principe retenu en France depuis 1983, est celui d'une fonction publique unique à trois versants : chaque versant est doté de règles et d'une organisation propres, mais l'ensemble est appelé à être structuré et à évoluer de façon homogène grâce, notamment, à une stricte correspondance entre niveaux de recrutement, à la comparabilité entre les corps et les cadres d'emplois, à une grille indiciaire unique et à une certaine « *parité* »³³⁵, même si le principe n'a jamais été reconnu par le Conseil d'État³³⁶, si ce n'est comme mécanisme régulateur, destiné à éviter un dérapage des rémunérations accessoires et avantages annexes dans la fonction publique territoriale³³⁷.

Ce choix d'une unité « horizontale » de la fonction publique, aboutissant à soumettre à un même régime de règles l'ensemble des agents publics, quel que soit leur employeur public, prolonge le choix effectué au début du siècle dernier, sous l'influence de l'école du service public, d'une unité « verticale », tendant à soumettre à un même régime l'ensemble des agents publics relevant du même employeur.

335 - Benoît Jorion, « Le principe de parité entre fonctions publiques, un principe peau de chagrin », *RFDA*, mars-avril 1998, p. 341.

336 - CE, 29 décembre 1989, Département du Val-de-Marne, n° 95 739 ; 27 avril 1994, Association de défense des ingénieurs territoriaux, p. 192.

337 - CE, avis, Section, 20 mars 1992, Préfet du Calvados, p. 124 avec les concl. Henri Toutée ; JCP 1993 II 22 100, note Olivier Schrameck ; 27 novembre 1992, Fédération Interco CFDT et autres, p. 426 ; Ass., 2 décembre 1994, Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, p. 529 et, du même jour, Commune de Cuers, p. 522.



Cette option de l'unité horizontale n'est pas propre à la France, à la nuance près que la France est le seul pays où elle s'étend aux personnels des hôpitaux publics.

C'est aussi la solution retenue **en Allemagne**, avec cette différence que, dans ce pays, l'unité verticale de régime juridique des agents n'existe pas, comme il a été dit, compte tenu de la distinction entre les fonctionnaires et les employés ou ouvriers. Mais en Allemagne comme en France, tous les fonctionnaires, qu'ils relèvent de la Fédération, des Länder ou des communes, sont pour l'essentiel soumis à des règles identiques. En effet, la Constitution donne compétence à l'État fédéral (Bund) pour élaborer les lois-cadres réglant la situation juridique des fonctionnaires des Länder, communes ou autres organismes de droit public, chaque Land n'étant compétent que pour compléter les dispositions établies au niveau fédéral. L'attribution de la compétence normative au Bund et l'utilisation de la technique des lois-cadres a emporté une intégration du droit applicable de plus en plus poussée. Celle-ci s'est réalisée sous l'effet d'un interventionnisme croissant de l'État fédéral, que justifie sa « *mission d'État social de droit* » et la nécessité d'assurer le libre jeu de la démocratie, ainsi que l'homogénéité des conditions de vie sur tout le territoire de la République fédérale.

Les dispositions encadrant la fonction publique sont ainsi en grande partie d'origine fédérale. Elles concernent tant le statut général que le système de carrière ou les salaires des agents publics³³⁸. Dans les faits, peu de différences subsistent entre les dispositions applicables aux fonctionnaires de l'État fédéral (entièrement édictées par ce dernier) et les lois de chacun des Länder dont certains articles sont transposés littéralement de la loi fédérale. Au sein de cet ensemble législatif presque uniforme, il reste peu de place pour les dispositions propres aux communes, ce qui demeure des réglementations communales anciennes ayant dû céder devant l'unification du droit de la fonction publique.

En Espagne, à partir de principes relativement proches, l'évolution a été pratiquement inverse. Comme en Allemagne, la Constitution donne compétence à l'État pour déterminer le régime statutaire applicable aux trois fonctions publiques de l'État, des communautés autonomes et des provinces et communes. Mais le socle du régime statutaire, fixé par une loi du 2 août 1984 portant réforme de la fonction publique, se limite pour l'essentiel aux grands principes relatifs aux droits et obligations des fonctionnaires : principes d'égalité, de mérite, de compétence, d'impartialité et droit syndical. Pour le reste, un droit propre à chaque fonction publique s'est développé avec le poids pris par les communautés autonomes et l'extension de la décentralisation. Dans les communautés autonomes, les fonctionnaires se trouvent recrutés et gérés selon des lois propres et, se fondant sur la Constitution et sur les statuts d'autonomie prévoyant la préservation de leur langue, les communautés autonomes exigent même, pour la plupart, que leurs fonc-

338 - Les principales lois fédérales en la matière sont la loi-cadre sur la fonction publique (*Beamtenrechtsrahmengesetz*), la loi relative à la rémunération des fonctionnaires (*Bundesbesoldungsgesetz*) et la loi sur les pensions des fonctionnaires (*Bundesversorgungsgesetz*).



tionnaires parlent leur langue, instaurant de fait un bilinguisme souvent discriminatoire³³⁹.

En Grande-Bretagne, la question ne se pose pas vraiment en termes d'unité horizontale du régime de fonction publique, mais en réalité bien en amont, en termes de choix sur le particularisme de la fonction publique comme on l'a vu plus haut. Agents de la Couronne et agents des collectivités territoriales n'appartiennent pas au même monde. Les premiers ne sont soumis au droit commun que pour autant que la Couronne en décide ainsi ; les seconds sont intégralement soumis à ce droit commun, qu'ils soient agents administratifs, policiers ou enseignants. Toute évolution vers une plus grande homogénéité de régime passe par une soumission accrue des agents de la Couronne au droit commun ; une étape importante vient d'être franchie avec la soumission des agents de la Couronne aux règles communes en matière d'hygiène et de sécurité, d'où il résulte que les homologues des inspecteurs français du travail peuvent vérifier le respect des règles d'hygiène dans les cantines administratives, y compris celles de l'armée.

Les voies possibles d'évolution

Le choix fait en France de l'unité horizontale, sinon même les modalités retenues pour cette unité, ne paraissent pas fondamentalement contestés dans leur principe. À cet égard, il n'est pas inutile de relever que tant le législateur de 1987 que celui de 1993 ont poursuivi l'œuvre du législateur de 1983 puisque le titre I du Statut général, dans sa rédaction actuelle dispose dans son article 14 (Loi 93-1093 du 16 décembre 1993, art. 51) « *l'accès des fonctionnaires de l'État, des fonctionnaires territoriaux et des fonctionnaires hospitaliers aux deux autres fonctions publiques, ainsi que leur mobilité au sein de chacune de ces fonctions publiques, constituent des garanties fondamentales de leur carrière. À cet effet, l'accès des fonctionnaires de l'État, des fonctionnaires territoriaux et des fonctionnaires hospitaliers aux deux autres fonctions publiques s'effectue par voie de détachement suivi ou non d'intégration* » (loi n° 87-529 du 13 juillet 1987) « *les statuts particuliers peuvent également prévoir cet accès par voie de concours interne et, le cas échéant, de tour extérieur* »³⁴⁰.

339 - Les communautés autonomes espagnoles emploient près de la moitié des effectifs de la fonction publique espagnole et la loi du 2 août 1984 leur reconnaît expressément le pouvoir « *d'aménager à travers une loi de leurs assemblées législatives respectives leur propre fonction publique* ».

340 - La rédaction initiale de l'article 14 résultant de la loi du 13 juillet 1983 était : « *L'accès de fonctionnaires de l'État à la fonction publique territoriale et de fonctionnaires territoriaux à la fonction publique de l'État, ainsi que leur mobilité au sein de chacune de ces deux fonctions publiques, constituent des garanties fondamentales de leur carrière.*

L'accès direct des fonctionnaires de l'État aux autres corps de la fonction publique de l'État et aux corps et emplois de la fonction publique territoriale, d'une part, des fonctionnaires territoriaux aux autres corps et emplois de la fonction publique territoriale et aux corps de la fonction publique de l'État, d'autre part, est prévu et aménagé dans l'intérêt du service public. À cet effet, une procédure de changement de corps est organisée, dans le respect du déroulement normal des carrières, entre les membres des corps qui ont le même niveau de recrutement et dont les missions sont comparables. L'intégration dans le corps d'accueil a lieu à égalité de niveau hiérarchique, selon des modalités et des proportions déterminées par les statuts particuliers.

Les fonctionnaires de l'État et ceux des collectivités territoriales appartenant à des corps comparables bénéficient de conditions et de modalités d'intégration identiques. Les fonctionnaires intégrés conservent les avantages acquis en matière de traitement et de retraite. »



En pratique, l'unité a permis une revalorisation forte de la fonction publique territoriale et a jeté les bases d'une mobilité interfonctions publiques, qui pour l'instant s'est surtout effectuée de la fonction publique de l'État vers la fonction publique territoriale, mais qui est certainement susceptible d'évoluer de façon plus équilibrée.

La fonction publique hospitalière est de ce point de vue relativement à part, et un débat a été notamment longtemps ouvert pour ce qui est de la mobilité entre le corps des administrateurs civils et celui des personnels de direction des établissements d'hospitalisation publique³⁴¹. Cette fonction publique a d'ailleurs une vie propre plus marquée, comme en témoignent ses spécificités en matière de gestion des corps, pour laquelle des accords particuliers ont pu être négociés, notamment pour ce qui est, par exemple, de la revalorisation des carrières, et comme, en outre, l'implique nécessairement le fait que le personnel des établissements publics de santé, d'une part, ne comprend pas que des agents relevant des dispositions du titre IV du statut général des fonctionnaires (les médecins, biologistes, odontologistes et pharmaciens en étant exclus), et d'autre part, parmi ceux qui en relèvent, comprend des membres de professions réglementées par le Code de la santé publique sans considération du point de savoir si le métier est exercé à titre libéral, comme salarié d'une personne privée, ou comme fonctionnaire.

Le problème est aussi celui des conséquences qui ont dû être tirées du principe d'unité dans l'organisation de la fonction publique territoriale, avec le passage à une fonction publique de carrière structurée en corps, puis en cadres d'emplois, à compter de la loi du 13 juillet 1987³⁴². Si cette structure, qui a conduit à la répartition des agents des collectivités territoriales en une soixantaine de cadres d'emploi alors que les agents de l'État sont encore répartis en un millier de corps, ne paraît guère objectivement contestable dans son principe, il doit être noté qu'elle a fait perdre aux collectivités territoriales la souplesse dont elles avaient pu bénéficier dans le passé, avec ses risques de dérives vers le favoritisme et l'arbitraire, notamment par le recrutement dérogatoire, sans concours, sous statut de fonctionnaire, des agents recrutés sur les emplois dits spécifiques. Par ailleurs, la fonction publique territoriale est enserrée, mais comment y échapper, dans un système de quotas multiples, sources d'inégalités de carrière pour les agents, selon la strate démographique de la collectivité qui les emploie.

341 - Ce débat est aujourd'hui tranché par les décrets n° 2000-232 du 13 mars 2000 et n° 2002-609 du 26 avril 2002 qui permettent des détachements réciproques.

342 - La loi du 26 janvier 1984 disposait dans son article 4 : « *Les fonctionnaires territoriaux appartiennent à des corps, sous réserve des dispositions prévues par le chapitre XI de la présente loi* », lequel définissait les « *dispositions applicables aux emplois non comparable à ceux de l'État* » par voie de conséquences d'une des idées maîtresses du législateur qui était, afin d'assurer l'effectivité de la mobilité entre fonction publique d'État et fonction publique territoriale **dans l'intérêt du service public, compte tenu de la décentralisation en cours et de ses répercussions inévitables sur la situation des agents publics**, d'aboutir, par la procédure prévue aux articles 11 et 12 de la loi, à la définition d'une liste raisonnable de corps comparables. Sur une analyse de cette loi, voir Olivier Schrameck, *La fonction publique territoriale*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995.



Convient-il pour autant de réduire le degré actuel d'unité des trois fonctions publiques ?

Même si certains s'interrogent sur la validité des raisons qui ont pu conduire à soumettre les personnels hospitaliers au même régime que les fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales, et si, de toute évidence, les caractéristiques actuelles de la situation globale de l'emploi dans le secteur de la santé publique impliquent, comme on l'a déjà dit, un pilotage du régime et de la gestion des personnels hospitaliers qui sache épouser les spécificités de ce secteur, il ne paraît pas qu'il y ait lieu d'abandonner l'idée que la fonction publique hospitalière, au même titre que la fonction publique d'enseignement et de recherche, a vocation à rester au sein de la fonction publique.

Par ailleurs, les modifications, telles qu'elles sont actuellement prévisibles, de la formulation du principe de valeur constitutionnelle de libre administration des collectivités territoriales ne constituent pas, semble-t-il, un obstacle dirimant à ce que le législateur maintienne l'architecture d'ensemble actuelle de la fonction publique, quitte à la simplifier.

En effet, le souhait exprimé par les pouvoirs publics de nouveaux transferts de compétence de l'État aux collectivités territoriales pourrait inciter à approfondir le débat sur les conséquences d'une décentralisation – comme d'ailleurs d'une éventuelle recentralisation – de l'exercice de compétences sur la situation des agents publics affectés à l'exercice des compétences en cause. Mais s'il est clair que l'employeur public s'incarnera différemment selon qu'il est une collectivité territoriale, quelle que soit sa taille, ou l'État, avec les conséquences qui en découlent nécessairement sur le plan humain, rien ne justifie sur le plan des principes au moins, à y bien réfléchir, d'en déduire la nécessité d'appartenance des agents publics à des structures – corps ou cadres d'emplois – distinctes.

Si donc était retenue l'option envisagée plus haut d'une refonte de la structure de gestion de la fonction publique d'État par adoption du principe d'une structure en une cinquantaine de « cadres de fonctions » de filières professionnelles, il mériterait d'être envisagé, dans une deuxième étape, de concevoir ces « cadres de fonctions » (notamment la détermination des filières et des niveaux de fonction dans chaque filière) en considération de tous les emplois publics financés sur fonds publics de façon à pouvoir, à moyen terme, aboutir à la titularisation de tous les agents publics dans les mêmes « cadres de fonctions ».

Il n'y a aucune raison en effet de définir des filières et des niveaux de fonctions différents pour chaque fonction publique, sauf, peut-être, pour partie pour la fonction publique hospitalière. Dans l'hypothèse d'une telle refonte, une collectivité territoriale pourrait, en cas de vacance d'emploi dans un cadre de fonctions déterminé, employer, par voie de mutation, un agent du même cadre de fonctions jusque-là employé par l'État et réciproquement, et on pourrait concevoir des formations initiales et continues communes, fort souhaitables³⁴³. Il conviendrait seulement de veiller à ce que cette unité opérationnelle

343 - À l'image de ce qui se pratique d'ores et déjà par exemple pour la formation des conservateurs du patrimoine.



conduisant à une plus grande intégration des fonctions publiques n'entraîne pas de rigidités supplémentaires. **Cela supposerait que chaque grande catégorie de collectivités publiques dispose de la plus large liberté de manœuvre dans la définition des fonctions qu'elle doit remplir pour exercer les compétences qui lui sont conférées par la loi et dans la détermination des caractéristiques des emplois qui sont nécessaires pour remplir ces fonctions.**

On aboutirait ainsi à une sorte de « *fonction publique fédérative* », avec d'un côté un socle de règles applicable à tous les agents publics, règles générales et règles statutaires de base, au travers de l'appartenance à des cadres de fonctions communs, et d'un autre côté, des règles spécifiques relevant de chaque grande catégorie d'employeurs publics, fixées, le cas échéant, comme il a été évoqué plus haut, dans le cadre d'accords contractuels ³⁴⁴.

Si un tel système était susceptible de poser des problèmes, ce serait moins entre l'État et les collectivités territoriales qu'au sein de ces dernières. Beaucoup d'employeurs publics locaux craignent la surenchère susceptible de se produire en ce cas, au bénéfice des collectivités territoriales les plus riches. Mais cette difficulté existe en toutes hypothèses (d'ores et déjà on signale des cas de débauchages réciproques incontrôlables), et la solution est peut-être moins à rechercher dans un verrouillage complet que dans des mécanismes de régulation. De ce point de vue, le principe de parité des rémunérations accessoires, tel que retenu par le Conseil d'État, et qui n'est pas toujours bien compris, constitue un garde-fou qu'il conviendrait de ne pas abandonner.

2.2.4.2. La participation des différentes catégories d'employeurs au pilotage du système de fonction publique

Actuellement, en France, c'est l'État seul, ou quasiment seul, qui pilote le système de fonction publique, qui réglemente, qui négocie, qui détermine les revalorisations de carrière, qui arrête les augmentations de traitement.

Il le fait au surplus dans une concertation et une négociation avec les organisations syndicales, qui peuvent paraître boiteuses, compte tenu de la place souvent regardée comme privilégiée reconnue de facto au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État, par rapport aux deux autres Conseils supérieurs.

À vrai dire, cette situation ne donne pas lieu à contestation majeure de la part des employeurs territoriaux, qui probablement mesurent les embûches d'une implication plus grande, et qui ne disposent au demeurant pas d'un système unique d'expression.

Dans les grands pays voisins, les solutions retenues sont très contrastées.

En Allemagne, c'est le ministère fédéral de l'intérieur, compétent sur les questions statutaires relatives à l'ensemble de la fonction publique, qui est à la tête du groupe d'employeurs en charge des négociations collectives avec les syndicats, notamment les négociations salariales. Mais, qu'il s'agisse de modifier les lois-cadres ou de faire évoluer les rémunérations, il doit compter avec le

344 - On retrouve la notion de « *gamme de statuts* », envisagée par Jean Rivero (Cf. *supra*).



Parlement, et au sein du Parlement, plus particulièrement avec le Bundesrat, qui représente les Länder et est très sensible aux positions des organisations syndicales. Autant dire que le gouvernement fédéral ne peut agir sans un consensus des autres partenaires, consensus d'autant plus exigeant qu'un certain nombre de dispositions applicables aux agents publics ne peuvent être modifiées qu'à la majorité des 2/3, tant au Bundestag qu'au Bundesrat, ce qui suppose dans les faits une grande coalition entre les démocrates chrétiens (CDU-CSU) et les sociaux-démocrates (SPD) d'une part, et une alliance du Bund et des Länder d'autre part. Cela peut expliquer les difficultés ou freins rencontrés en Allemagne dans la modernisation de la fonction publique, notamment pour ce qui est du régime des rémunérations, qui est suivi avec une particulière vigilance par le Parlement.

En Italie, où l'essentiel du régime applicable aux agents des administrations publiques (y compris les rémunérations) relève aujourd'hui de conventions collectives, la représentation des administrations publiques dans les négociations est assurée par un organisme autonome « *l'Agence pour la représentation de l'administration publique dans la négociation* » (ARAN), organisme doté de la personnalité morale de droit public³⁴⁵, dirigé par un comité directeur composé de cinq membres nommés par décret du Président du Conseil des ministres, dont deux sont désignés par les organismes représentatifs des régions et des collectivités locales. Avant de négocier, l'ARAN reçoit les directives nécessaires, pour chaque secteur de négociation (administration de l'État, régions, service sanitaire national, collectivités locales, universités...) d'un comité de secteur : président du conseil des ministres assisté des ministres compétents pour les administrations de l'État, conférence des présidents de région pour les régions et le service sanitaire national, association nationale des communes d'Italie et union des provinces d'Italie pour les collectivités locales... Au terme des négociations, l'ARAN établit un projet d'accord sur lequel le comité de secteur concerné doit donner son avis dans les cinq jours. Si l'avis est favorable, l'ARAN transmet à la Cour des comptes l'estimation des coûts liés à l'accord, afin que cette dernière certifie dans les 15 jours leur compatibilité avec les instruments budgétaires et de programmation. Ce système apparaît assez complexe et il est trop tôt pour pouvoir porter une appréciation sur son efficacité ; il est par ailleurs susceptible d'être remis en cause à l'occasion du mouvement en cours de renforcement de la régionalisation.

En Espagne, un département ministériel (le ministère des Administrations publiques) est plus spécialement chargé des questions relatives au statut et aux rémunérations dans la fonction publique. Il est assisté d'un conseil supérieur de la fonction publique ainsi que d'une commission de coordination des fonctions publiques. La loi de finances fixe chaque année des masses salariales plafonnées et des taux maximum impératifs d'augmentation des rémunérations à ne pas dépasser tant pour l'État que pour les communautés autonomes. Dans la pratique, chaque catégorie d'employeurs publics aménage les rémunérations

345 - Certains auteurs rangent l'ARAN dans la catégorie des autorités administratives indépendantes, lesquelles peuvent avoir en Italie une personnalité juridique.



de façon séparée et la revalorisation des rémunérations apparaît beaucoup plus rapide dans les communautés autonomes qu'à l'État ³⁴⁶.

Ces différents exemples suffisent à montrer qu'aucune solution miracle de coordination n'existe et que l'on ne saurait sans risque, ou sans devoir inventer des formules lourdes et complexes au résultat incertain, renoncer à une certaine prépondérance de l'État.

On peut toutefois penser que l'État ne saurait pour autant, sans inconvénient, continuer à agir de façon aussi unilatérale. Il n'est pas normal qu'il puisse engager des négociations, notamment salariales, ou faire évoluer des réglementations, sans concertation préalable avec les autres employeurs publics, lui permettant à tout le moins de connaître les préoccupations de ceux-ci.

On peut songer à la mise en place d'une « *conférence des employeurs publics* », qui serait réunie régulièrement autour du ministre chargé de la fonction publique et permettrait aux employeurs publics de fonctionnaires, autres que l'État, d'exprimer leur point de vue. Cette conférence pourrait être le lieu, avant l'ouverture des négociations salariales, d'un débat, éclairé par des travaux d'experts, sur les orientations souhaitables, compte tenu de la situation économique générale et de celle des finances publiques des différents employeurs publics.

S'agissant plus précisément des négociations salariales, leur portée pourrait au demeurant être relativisée, si une distinction était faite entre rémunération indiciaire fixée dans leur cadre et rémunération réelle, avec ses différentes composantes évoquées plus haut. Dans une telle approche, la négociation la plus sensible, celle intéressant le plus directement les agents, pourrait être décentralisée, tandis que la négociation interministérielle serait ramenée à ce qu'elle doit être, une négociation indiciaire assurant la cohérence d'ensemble. Au Danemark, où, selon un système comparable à celui existant en France, l'État fixait les rémunérations du secteur public après négociation entre le ministre des Finances et les centrales syndicales, une réforme a été entamée en 1998 pour mettre en place un système double de « *salaires de base* » et de « *primes individuelles* », ces dernières restant fixées à l'échelon déconcentré.

Pour assurer par ailleurs une concertation avec les organisations syndicales qui ne donne pas l'impression que la fonction publique de l'État prime les autres, on peut envisager que le ministre en charge de la fonction publique rencontre régulièrement, sinon les trois Conseils supérieurs de la fonction publique, comme l'a déjà décidé le ministre actuel de la fonction publique, au moins les organisations syndicales déclarées les plus représentatives dans chacune de ces trois fonctions publiques.

346 - On signale ainsi, comme procédé utilisé pour échapper à la règle de l'homogénéité des revalorisations des rémunérations, la pratique de ce qui est qualifiée de réorganisation interne des services se traduisant par une promotion générale de tous les fonctionnaires à des grades supérieurs.



2.2.4.3. Le pilotage de la gestion propre à chaque catégorie d'employeurs publics

Quelle que soit l'option retenue en ce qui concerne l'architecture – maintien d'une fonction publique à trois versants ou orientation vers une fonction publique fédérative par filières professionnelles – et quelles que puissent être les améliorations apportées aux modes de « copilotage » de l'ensemble du système, il faut aussi se préoccuper du pilotage de la gestion propre à chaque catégorie d'employeurs publics.

En ce qui concerne l'État

La question est, schématiquement exprimée, celle de la répartition du pouvoir de gestion entre le centre et la périphérie. Avec plus de nuances, il s'agit d'une part des pouvoirs reconnus aux ministres et d'autre part de la déconcentration.

Pour ce qui est des pouvoirs reconnus aux ministres, la France est dans une position assez spécifique par rapport à ses voisins. En Grande-Bretagne, les réformes de l'administration et de la fonction publique conduites depuis 20 ans tendent à renforcer le pouvoir des ministres et plus encore celui des directeurs d'administration et des directeurs des agences constituées au sein de l'administration, ceux-ci disposant de la plus grande latitude en matière de recrutement et de carrière des agents et surtout en matière de politique des rémunérations ; au total, la détermination des salaires est totalement déconcentrée, à l'exception de quelque 3 000 hauts fonctionnaires. L'Allemagne fonctionne traditionnellement selon un régime de responsabilité première des ministres dans la gestion de leurs agents, du fait du principe constitutionnel de l'autonomie des départements ministériels (Ressortprinzip posé à l'article 65 de la Loi fondamentale), qui en fait d'ailleurs le pays d'Europe occidentale où le cloisonnement entre les ministères est le plus marqué.

La solution française conçue en 1945 vise à assurer la cohérence de la fonction publique, si défectueuse sous la III^e République ; elle n'a pu pour autant que partiellement réussir, la fonction publique révélant, comme le note la Cour des comptes dans la conclusion de son étude de 1999, « des situations très hétérogènes ».

Pour l'avenir, trois voies doivent permettre de mieux concilier cohérence d'ensemble qui suppose un pouvoir de coordination puissant du Premier ministre, s'appuyant sur la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique (DGAFP), et responsabilité opérationnelle des ministres.

La première voie consiste à utiliser la faculté déjà ouverte par la jurisprudence du Conseil d'État, qui, par application de la théorie des directives, admet la compétence des ministres pour donner des instructions à leurs services dès lors que ces instructions ne sont pas strictement impératives et réservent la possibilité d'un examen au cas par cas des situations individuelles et donc de déroger à la ligne directrice de l'instruction³⁴⁷.

347 - S'agissant d'instructions ministérielles dont la légalité a été admise : CE, 20 mars 2000, Hanse, n° 200387, à propos d'une instruction du ministre de l'Éducation nationale relative aux obligations des enseignants au regard de l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale.



La deuxième voie consiste à desserrer l'étau que représente aujourd'hui en fait la notion de mesure statutaire relevant, en vertu du statut général, du décret en Conseil d'État. Il suffit de mesurer l'épaisseur de tel ou tel Code, purement éditorial, de la fonction publique – lequel d'ailleurs ne contient que les décrets transversaux d'application du Statut général et non les statuts particuliers de tous les corps – pour prendre conscience de la situation. Il ne devrait pas être impossible, à l'occasion notamment des fréquentes modifications de statuts particuliers, de commencer à s'engager dans cette voie. Les choses seraient sans doute facilitées si on retenait l'option d'une structure par cadres de fonctions **en s'imposant la discipline d'écriture d'un seul décret par filière** destiné à compacter autant que possible le statut particulier de chaque cadre de fonction de la filière et surtout **à rendre plus lisible pour les agents la conception d'ensemble de la filière et à permettre d'en maîtriser plus facilement la cohérence sur la durée.**

La troisième voie devrait résulter de l'application de la loi organique relative aux lois de finances dont l'un des effets attendus est, comme on l'a dit plus haut, de soustraire à l'objet de la loi de finances la répartition d'emplois budgétaires par corps et par grades pour inclure, en revanche, dans l'objet du débat et du vote du Parlement la détermination de l'enveloppe globale de crédits de personnel « calculée en équivalents temps plein » afférente à chaque programme, et donc, par là même, de mieux responsabiliser chaque ministre, tant vis-à-vis des commissions compétentes de l'Assemblée Nationale et du Sénat qui suivront l'élaboration et l'exécution des programmes que vis-à-vis de l'opinion publique, sur son pilotage de la gestion de son personnel.

Pour ce qui est de la déconcentration, il en a déjà été abondamment question, et on a relevé qu'elle constitue un enjeu majeur de la réussite d'une modernisation de la gestion de la fonction publique. Il faut se rendre à l'évidence que la situation actuelle est celle d'une pratique très différente selon les ministères, et au total assez limitée, à l'exception partielle de l'éducation nationale. Les causes de cet état de fait, analysées précédemment, permettent de penser que la simple prolongation des efforts actuels n'offre guère de perspectives de passer à un autre niveau de déconcentration.

Si elle était retenue, l'option d'une nouvelle organisation de la fonction publique d'État en « cadres de fonctions », selon la logique étudiée plus haut, pourrait permettre à tout chef des services déconcentrés de piloter la gestion des emplois correspondant aux programmes du ministère dont il a la responsabilité dans son ressort.

Une autre solution est souvent préconisée ; elle consiste à s'orienter vers une gestion de type interministériel, sous l'autorité du préfet, renforcée le cas échéant par la création de corps déconcentrés interministériels. Une telle option n'est pas sans contre indications. En effet, même si le Préfet est le représentant direct du Premier ministre et de chacun des ministres, il ne paraît guère réaliste de prétendre en faire le véritable responsable de tous les personnels à l'échelon déconcentré, car cela contribuerait à déconnecter gestion des hommes et gestion des programmes. Par ailleurs il n'est pas exclu qu'à organisation inchangée de la fonction publique d'État, la solution adoptée en ce qui concerne la question, encore en débat, du pouvoir à reconnaître aux préfets sur l'affectation et la gestion des enveloppes financières qui seront délégués par les ministres pour la mise en œuvre des programmes votés par la loi de



finances, occulte trop, dans les milieux de l'administration, la question des voies de déconcentration du pilotage de la gestion des ressources humaines de l'État. Mais ces deux questions sont d'égale importance si on veut maintenir l'interministérialité nécessaire à la notion de projet territorial de l'État.

En ce qui concerne les collectivités territoriales

Le pilotage de la gestion par les collectivités territoriales des personnels qu'elles emploient pose de délicats problèmes liés à la nécessité de concilier un minimum d'organisation d'ensemble de cette fonction publique pour garantir tant sa cohérence que le respect du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales³⁴⁸.

Ne pose pas de problème majeur le système mis en place par le titre III du statut général consistant à confier la gestion au quotidien des agents à la collectivité territoriale employeur ou, en cas d'affiliation obligatoire ou volontaire de cette collectivité à un centre de gestion de la fonction publique territoriale, établissement public local. L'articulation entre gestion de l'action publique et gestion des ressources humaines se trouve par ce biais assurée dans les meilleures conditions et les structures de dialogue social, commissions administratives paritaires et comités techniques paritaires, sont calquées sur ce système.

Des difficultés apparaissent en revanche pour les questions relatives à la gestion qui ne peuvent trouver leur solution au sein d'une seule collectivité ou d'un centre de gestion : organisation de certains concours ou de la mobilité, respect de certains critères en matière de déroulement de carrière (les quotas), évolution des règles statutaires, dialogue social global et plus généralement représentation des intérêts généraux des employeurs publics...

Actuellement, de nombreuses responsabilités à cet égard reposent, comme il a été dit, sur le seul État (par exemple pilotage des règles statutaires). Par ailleurs, le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT), institué par le titre III du statut général sous forme d'établissement public national dirigé par un Conseil d'administration paritairement composé de représentants des collectivités territoriales et de représentants des organisations syndicales de fonctionnaires territoriaux³⁴⁹, s'est vu confier, directement ou au travers de ses délégations régionales ou interdépartementales, la charge de certaines tâches de

348 - Déjà en 1952, de nombreuses voix s'étaient élevées contre l'encadrement par l'État des règles applicables aux agents communaux ; le doyen de la faculté de droit de Lille, Guy Debeyre, écrivait : « *Il apparaît difficile de nier que, en ce qui concerne le personnel, la loi du 28 avril 1952 marque un recul très net des libertés communales. Une commune à laquelle on impose un personnel déterminé, dotée d'une condition juridique déterminée, avec les conséquences financières qui en découlent, n'est plus libre de ses actes et ne s'administre plus librement* », *Mélanges Mestre, Sirey*, 1956, p. 154.

349 - En vertu de l'article 12 du titre III du statut général, les représentants des collectivités territoriales sont respectivement élus par des collèges de représentants des maires, des présidents de conseil général et des présidents de conseil régional parmi les élus locaux siégeant aux conseils d'orientation mentionnés à l'article 15 de la loi n° 84-594 du 12 juillet 1984 relative à la formation des agents de la fonction publique territoriale. Quant aux sièges attribués aux organisations syndicales, ils « *sont répartis entre elles compte tenu des résultats des élections aux comités techniques paritaires. Toutefois, les organisations syndicales membres du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale ont au moins un siège* ».



gestion³⁵⁰ : formation des fonctionnaires territoriaux, organisation de certains concours de catégorie A et B et prise en charge et reclassement des fonctionnaires de catégorie A momentanément privés d'emploi.

Ce qui, dans ce schéma, est le plus souvent regardé comme faisant défaut³⁵¹, c'est³⁵² l'absence d'une représentation collective des employeurs publics ayant vocation à piloter l'organisation globale de la gestion des agents employés par les collectivités territoriales. L'émergence d'une telle structure devrait être favorisée, en particulier si de nouvelles étapes de décentralisation sont franchies.

Le rapport Fournier a envisagé trois formules à cet égard. La première serait que les associations d'élus existantes s'organisent pour assumer cette responsabilité, soit en faisant évoluer leur statut pour leur permettre de jouer ensemble ce rôle, soit en créant entre elles un organisme commun « dont l'objet serait de représenter les employeurs de la fonction publique territoriale et qui aurait compétence pour négocier et contracter en leur nom ». La deuxième formule consisterait à créer, avec le statut d'établissement public, un centre national de gestion regroupant l'ensemble des employeurs de la fonction publique territoriale, idée déjà avancée à plusieurs reprises et qui n'a jamais pu déboucher, par crainte de créer une superstructure coûteuse et échappant au contrôle des collectivités territoriales. Aussi la troisième formule serait-elle de faire élire par l'ensemble des employeurs de la fonction publique territoriale un organe non doté de la personnalité morale, car uniquement chargé de représenter les employeurs publics pour concerter et négocier en leur nom.

Il est souhaitable qu'un choix consensuel entre les différentes solutions puisse intervenir sans trop de délai, car c'est un élément non négligeable de l'évolution en profondeur recherchée de l'ensemble de la fonction publique.

En ce qui concerne les établissements publics hospitaliers

Comme il en va pour la fonction publique territoriale, l'autonomie de gestion de leurs personnels dont disposent les établissements publics hospitaliers favorise a priori une bonne articulation entre gestion des missions, gestion des hommes et dialogue social.

Cependant les réalités sont moins simples car les marges de manœuvre dont disposent les directeurs d'établissements hospitaliers sont très étroitement cantonnées, compte tenu des contraintes tant financières que statutaires pesant sur eux, d'autant plus que, comme le relève la Cour des comptes, dans son rapport 2002 sur l'exécution des lois de financement de la sécurité sociale, la

350 - Compte tenu de la composition du conseil d'administration, on peut parler de cogestion.

351 - Voir Jacques Rigaudiat, *Pour une modernisation de la fonction publique territoriale*, la Documentation Française, octobre 1992 et rapport Fournier, précité.

352 - Outre certaines difficultés plus pratiques sur lesquelles des pistes ont été évoquées par plusieurs rapports, notamment le rapport Rigaudiat précité, le rapport Lebreton (1992), le rapport Schwartz, *Le recrutement, la formation et le déroulement de carrière des agents territoriaux* (1998). Parmi les propositions les plus couramment avancées, on peut citer : le transfert de l'intégralité des opérations d'organisation des concours vers les centres de gestion ou le CNFPT, la mutualisation des quotas pour toutes les collectivités dans le champ de chaque centre de gestion, la transformation, dans beaucoup de domaines, des CAP des collectivités en CAP préparatoire.



responsabilité globale de la gestion de ce secteur est relativement diluée entre la direction de l'Hospitalisation et de l'Organisation des soins (DHOS), la direction de l'Action sociale (DAS), les agences régionales de l'hospitalisation (ARH), qui, par exemple, doivent approuver les délibérations des conseils d'administration des établissements concernant les emplois de direction et les emplois de praticiens hospitaliers, et les préfetures.

En outre, la gestion des agents reste au sein de chaque établissement le plus souvent très centralisée. Ainsi à l'Assistance publique de Paris, il n'existe pas de CAP placée auprès de chaque directeur d'établissement, mais uniquement des CAP placées auprès du directeur général de l'Assistance publique, ce qui a pour effet de retirer la gestion des agents à l'échelon opérationnel de gestion au quotidien de l'hôpital. À cet égard, on retrouve pour partie les mêmes difficultés que dans la fonction publique de l'État, et comme pour celle-ci, des progrès importants de la gestion des personnes ne sont possibles que dans le cadre d'une plus grande déconcentration.

À l'inverse, on ne peut qu'être frappé par l'importance du nombre de concours organisés parallèlement par les différents établissements gestionnaires de personnel relevant de la fonction publique hospitalière, au cours d'une même période ; par exemple en 2002, du 1^{er} juin au 15 novembre, on ne compte pas moins de 500 avis de concours³⁵³ ; la quasi-totalité de ces avis portent sur des concours organisés pour pourvoir à moins de 5 emplois. Cela donne à penser que si le pilotage d'ensemble de la fonction publique hospitalière ne soulève pas de problème majeur, en raison du poids du ministère chargé de la Santé, la coopération entre établissements pourrait, sur certains points, être renforcée, ne serait-ce que pour faire des économies d'échelle³⁵⁴.

2.2.5. Quelle organisation du dialogue social dans la fonction publique ?

La continuité et la qualité du dialogue social dans la fonction publique constituent un enjeu déterminant de l'évolution de la fonction publique. Les questions qui se posent à propos de ce dialogue social ont été largement inventoriées et analysées par le rapport Fournier déjà cité à plusieurs reprises et il ne saurait être question de reprendre ici l'intégralité des pistes d'évolution proposées par ce rapport, qui méritent toutes d'être méditées par les pouvoirs publics.

Il doit toutefois être noté que ce rapport répondait à une mission confiée en juillet 2001 par le ministre chargé de la Fonction publique et entendait se situer dans le cadre du système actuel de fonction publique. Il s'est donc interdit d'évoquer d'éventuelles évolutions du statut, autres que celle qui pourrait résulter de l'inflexion du caractère statutaire et réglementaire du régime applicable aux agents publics par un système d'accords contractuels homolo-

353 - Dont, il est vrai, de très nombreux concours sur titres.

354 - Comme le permet, au demeurant, l'article 30 du statut, qui prévoit que les concours de recrutement sont organisés, lorsque le statut particulier du corps le permet, par l'établissement qui a le plus de lits dans le département ou la région. Toutefois, les établissements qui ne souhaitent pas confier à un autre établissement le soin de procéder à ces opérations peuvent, sous réserve d'obtenir l'accord du préfet, organiser eux-mêmes les concours de recrutement.



gués, qui a été examiné précédemment. Dans ces conditions, il n'est pas inutile, en vue de maintenir, sur la question de l'organisation du dialogue social dans la fonction publique, la perspective générale de la réflexion entreprise de son propre chef par le Conseil d'État, de s'interroger successivement sur deux points : quelles structures institutionnelles de dialogue social dans la fonction publique et quel objet à ce dialogue ?

2.2.5.1. Quelles structures institutionnelles de dialogue social ?

On doit, certes, relever le fait d'évidence que le dialogue social ne peut pas davantage dans la fonction publique qu'ailleurs être provoqué ni totalement contraint par son organisation a priori. Pour autant, il y a lieu de pointer l'importance du choix du mode de détermination des organisations syndicales représentatives appelées à désigner des représentants dans les organismes consultatifs actuellement prévus par le statut général, et de s'interroger sur une éventuelle évolution de la conception des organismes consultatifs.

Le mode de détermination de la représentativité syndicale

En l'état actuel du statut général, l'institutionnalisation du dialogue social dans la fonction publique repose sur **quatre catégories d'organismes consultatifs paritaires** :

Les conseils supérieurs de la fonction publique de l'État, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière, respectivement présidés par le Premier ministre (et le plus souvent, par délégation, par le ministre chargé de la Fonction publique), par un représentant des collectivités territoriales élu en son sein, et par le ministre chargé de la Santé publique, auxquels la loi confère compétence, notamment, pour connaître de toute question d'ordre général concernant la fonction publique en cause dont ils sont saisis, non seulement par l'administration, mais aussi, le cas échéant, « *par demande écrite du tiers* » de leurs membres.

Les commissions administratives paritaires (CAP), connaissent des questions d'ordre individuel relatives à la gestion des carrières (notations, avancement...) et à l'exercice du pouvoir disciplinaire, intéressant les membres des corps ou cadres d'emploi³⁵⁵.

Les comités techniques paritaires (CTP) connaissent dans les trois fonctions publiques des problèmes relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services, (notamment, modernisation des méthodes et techniques de travail, politiques de formation, critères de répartition des primes). À noter que, dans la fonction publique hospitalière, les comités techniques d'établissement

355 - L'article 14 de la loi du 11 janvier 1984 confère aux organisations syndicales le monopole de la présentation des listes aux principaux scrutins des élections aux CAP. Dans un avis du 26 septembre 1996, n° 359 702, le Conseil d'État a précisé que cette circonstance obligeait l'administration à s'assurer préalablement à l'élection que les listes déposées émanaient d'organisations syndicales ayant déposé leurs statuts dans les conditions prévues par l'article L. 411-3 du Code du travail, mais ne l'autorisait pas à se livrer à cette occasion à une appréciation sur la conformité de l'activité d'une organisation syndicale aux dispositions de l'article L. 411-1 du même Code, appréciation qui relève de l'autorité judiciaire, – Conseil d'État, Rapport public 1996, p. 290, coll. « Études et documents », n° 48, la Documentation française, mars 1997.



(CTE), équivalents des CTP, ont une compétence plus large : ils sont obligatoirement consultés sur les projets d'établissement, les programmes d'investissement, le budget, les comptes et le tableau d'emplois. Par ailleurs, dans la fonction publique d'État, les CTP sont obligatoirement consultés sur les projets de statut particulier.

Les comités d'hygiène et de sécurité (CHS) en charge des questions d'hygiène et de sécurité assistent les CTP dans la fonction publique territoriale et la fonction publique de l'État. Dans la fonction publique hospitalière, il est fait application en cette matière du Code du travail, et les établissements employant au moins 50 salariés ont donc des comités d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Le rapport Fournier analyse très attentivement les forces et faiblesses de chacune de ces catégories d'organismes consultatifs dans les trois fonctions publiques, ainsi que les enseignements à tirer de l'abandon, il y a dix ans, de la parité entre représentants élus du personnel et représentants de l'administration dans les comités techniques d'établissements des hôpitaux ; il formule diverses propositions. L'une d'entre elles mérite une attention particulière, celle de déconnecter, dans la fonction publique de l'État, la composition des CTP du résultat des élections aux CAP, **c'est-à-dire de cesser de faire des résultats aux élections aux CAP la base du calcul de la représentativité des organisations syndicales, tant dans les CTP qu'au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État.** Les CTP seraient comme c'est le cas dans la fonction publique territoriale et dans la fonction publique hospitalière, composés sur la base d'élections propres ouvertes à l'ensemble des agents, et c'est le résultat de ces élections qui déterminerait la représentativité des organisations syndicales tant au niveau des différents CTP qu'à celui du Conseil supérieur.

Cette orientation paraît doublement s'imposer :

- pour mieux asseoir la légitimité des organisations syndicales, en tant qu'acteurs du dialogue social. Fonder leur représentativité exclusivement sur les élections aux CAP, c'est en effet retenir une assiette élargie (pour les seuls corps enseignants, il n'existe pas moins de 300 CAP) et c'est la lier à des stratégies syndicales inévitablement empreintes de considérations corporatistes ;
- pour permettre la représentation au sein des CTP et du Conseil supérieur de l'ensemble des agents publics, comme l'exige au demeurant le principe de participation, dans l'acception donnée à la portée de ce principe par la jurisprudence la plus récente³⁵⁶.

356 - CE, Section, 10 juillet 2002, Fédération CFDT Interco, n° 232 034 : par cette décision, le Conseil d'État a déclaré illégales, comme méconnaissant les dispositions de la directive du Conseil des Communautés européennes en date du 12 juin 1989 imposant une participation des travailleurs ou de leurs représentants au traitement des questions touchant à la sécurité et à la santé au travail, les dispositions du décret du 30 mai 1985 relatives à la composition des CTP dans la fonction publique territoriale, en ce qu'elles ne prévoient pas la participation aux élections de toutes les catégories d'agents, en particulier des agents non titulaires de droit public n'occupant pas des emplois permanents et les agents de droit privé. Même si cette solution ne concerne les CTP qu'en tant qu'ils se prononcent sur les questions d'hygiène et de santé, il est sûr qu'à terme les CTP devront être composés de telle façon que tous les agents puissent participer à la désignation de leurs membres.



Vers une évolution de la conception des organismes consultatifs ?

Plus globalement, la question peut se poser de savoir s'il ne conviendrait pas, en particulier si le choix était fait, selon la logique exposée plus haut, d'une organisation de la fonction publique par cadres de fonction, d'aller plus loin, **en ayant, par service ou ensemble de services, des organismes de représentation du personnel à compétence générale, à la fois pour les questions individuelles et pour les questions collectives**, lesquelles, si elles sont distinctes, participent de la même problématique, celle de la meilleure façon d'assurer le service public. Le traitement des questions individuelles ne doit en effet pas perdre de vue l'intérêt général du service, comme cela a déjà été souligné à plusieurs reprises³⁵⁷, et l'existence, dans chaque service ou ensemble de services, d'un « **comité du personnel** » à compétence consultative tant sur les questions collectives que sur les questions individuelles concernant le service pourrait permettre aux représentants élus de personnel membres de ce comité de jouer un rôle peut-être plus utile d'information et d'alerte en ayant davantage de données en main.

C'est la solution la plus généralement retenue dans les pays voisins, où l'on ne connaît pas, il est vrai, la notion de corps, sous la forme de comités du personnel. Ainsi en Allemagne, dans toutes les administrations, un comité du personnel regroupe les représentants élus des fonctionnaires, employés et ouvriers, en proportion de leur importance respective. Ce comité, **qui ne repose d'ailleurs pas sur le principe du paritarisme**, a une compétence consultative à la fois pour les mesures à caractère général et pour les mesures individuelles. Le comité doit même quelquefois donner son consentement préalable, dans le cadre de la cogestion (*Mitbestimmung*), à certaines décisions individuelles (recrutement, à l'exception des postes les plus élevés, changement d'affectation dans les mêmes services, octroi d'allocations à caractère social) ou à certaines mesures d'organisation du service (horaire de travail...)

C'est également la solution traditionnellement retenue en Grande-Bretagne, où depuis la première guerre mondiale, et sur la base des recommandations d'un comité présidé par le Speaker de la Chambre des Communes, J. H. Whitley, ont été créés, à partir de 1919, dans tous les départements ministériels, des conseils dits « *departmental Whitley councils* », de composition paritaire, dont l'objet est « *d'assurer le maximum de coopération entre l'État en sa qualité d'employeur et le corps des fonctionnaires, pour les questions intéressant la fonction publique, en vue notamment d'accroître à la fois le rendement des services et le bien-être des agents ; d'établir une procédure pour l'examen des réclamations et plus généralement pour mettre en commun l'expérience et les différents points de vue des personnels supérieurs, moyens et subalternes* ». Leurs attributions sont pratiquement les mêmes que celles de nos CTP, et s'ils ne connaissent pas directement des cas individuels litigieux en matière d'avancement et de discipline, c'est par le biais, ou avec l'aide, de la parité syndicale de ces comités, que les agents font remonter leurs réclamations individuelles

357 - On peut d'ailleurs relever que, s'agissant du service public de la justice, cette approche est déjà retenue par la définition donnée par les textes tant de la compétence du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel que de celle du Conseil supérieur de la magistrature pour les magistrats de l'ordre judiciaire.



aux autorités hiérarchiques supérieures. Les réformes de l'État n'ont pas entraîné de changements profonds dans le rôle confié aux « Whitley Councils », tout en relativisant leur poids.

En France, la question de l'organisation de la participation des personnels à la gestion des services a été envisagée, bien avant que se pose le problème de la reconnaissance du droit syndical aux fonctionnaires, puisque le projet de loi sur les conseils d'administration et sur l'état des employés dans les administrations centrales, annexé à la séance de l'Assemblée Nationale du 22 juillet 1873 prévoyait l'établissement dans chaque administration centrale d'un « Conseil d'administration », composé du ministre ou directeur, président, des chefs des différents services et de deux chefs de bureau, le plus ancien et le plus jeune, et appelé à délibérer « *sur toutes les questions intéressant l'administration et dont il est saisi par le ministre ou le chef de service compétent* » ; il devait se réunir de droit une fois par mois, aurait eu le pouvoir de prononcer les sanctions disciplinaires de premier niveau prévues par cette loi et aurait rendu compte au ministre chaque année de l'exécution de la loi.

En 1946 ont été consacrés les principes tant du paritarisme que de l'élection des représentants des agents dans les organismes consultatifs et que de la présentation des listes par les organisations syndicales et une distinction a été introduite dans le statut général ³⁵⁸, entre CAP en charge à titre principal « *de toutes questions concernant le personnel* » et CTP, en charge « *des problèmes intéressant l'organisation ou le fonctionnement de l'administration et du service* ».

Les personnels sont, comme il a été dit, très attachés à l'existence, devenue traditionnelle, de ces CAP, qui sont regardées comme des garanties essentielles contre l'arbitraire. Sans aller donc jusqu'à la disparition des CAP, on peut toutefois se demander si la conception de ces CAP, du moins dans la fonction publique de l'État, car le problème, on l'a dit, ne se pose pas dans les deux autres fonctions publiques, ne devrait pas être revue, pour éviter que chaque corps ne dispose d'une CAP, avec les conséquences que l'on a vues. On pourrait songer à des CAP ayant un ressort beaucoup plus large, à l'image de ce qu'il en est à la fonction publique territoriale, où il existe non une CAP par corps, mais une CAP par catégorie (A, B, et C).

On rappellera que le statut de 1946 était muet sur le ressort des CAP, renvoyant à un décret en forme de règlement d'administration publique le soin de le préciser en fonction des caractères propres de chaque administration. Et c'est un décret du 24 juillet 1947 ³⁵⁹, qui a prévu la création d'une CAP « *pour chaque corps de fonctionnaires* ». Le décret n° 82-451 du 28 mai 1982 relatif aux CAP prévoit certes, à son article 2, la possibilité de créer « *une seule CAP commune à plusieurs corps de fonctionnaires, lorsque les effectifs de l'un de ces corps sont insuffisants pour permettre la constitution d'une commission spéciale à ce corps* », mais cette possibilité n'est utilisée que parcimonieuse-

358 - Article 20 du statut de 1946.

359 - Décret n° 47-13170 du 24 juillet 1947 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 22 de la loi du 19 octobre 1946 et relative aux CAP et aux CTP.



ment et elle n'est que dérogatoire³⁶⁰. Un ressort plus large permettrait de réduire le poids des corporatismes et faciliterait la création de CAP locales et donc la déconcentration. Enfin, si était retenue l'option d'une organisation de la fonction publique d'État en une cinquantaine de cadres de fonctions, les CAP devraient, en tout état de cause, être calquées sur ces cadres de fonctions.

Il ne faut pas se dissimuler que cette piste d'une « réunification » des lieux institutionnels de dialogue social dans la fonction publique d'État, lieux dont l'existence trouve son origine dans le choix du législateur de 1946, implique une réflexion propre tant de toutes les organisations syndicales que des autorités gestionnaires sur les leçons à tirer de leur expérience du système actuel ainsi qu'un dialogue approfondi à ce sujet. Le seul élément que l'on puisse utilement ajouter ici est une brève réflexion sur l'objet du « dialogue social ».

2.2.5.2. Quel objet au dialogue social ?

Sous cette interrogation sont en jeu les questions subtilement liées du contenu et du but de tout dialogue social : pourquoi se parler si on n'a rien à se dire ? L'écoute de propos qui peuvent être tenus tant par des gestionnaires de service public que par des responsables syndicaux, comme l'expérience du traitement des litiges en matière de fonction publique, peut conduire à la conclusion que le contenu du dialogue social dans ce secteur tend naturellement à s'appauvrir par l'effet d'une sorte d'autocensure collective.

L'une des causes de cette autocensure tient sans doute à ce que, pour certains, les rôles sociaux étant distincts – assumer la responsabilité des décisions à prendre en fonction de l'intérêt général d'un côté, défendre les intérêts matériels et moraux d'agents publics de l'autre – il n'est possible ni sur le plan des principes ni, en tout cas, en pratique de rechercher à tout prix une synthèse formalisée dans un accord signé. Et force est de constater, en outre, que le non respect de la parole donnée d'un côté peut être un facteur déterminant de blocage du dialogue de l'autre.

Cependant l'autocensure collective qui appauvrit le contenu du dialogue social dans la fonction publique tient aussi à des comportements des divers acteurs qui, pour être explicables n'en ont pas moins globalement un effet défavorable. À titre de premier exemple, on peut citer la consultation obligatoire du ou des comités techniques paritaires compétents, à laquelle il est bien sûr procédé en fait, mais qui est souvent considérée comme relevant du pur formalisme sans intérêt véritable, au motif que la question a été préalablement examinée « avec chaque organisation syndicale intéressée » et que « la délibération en CTP ne peut, en pratique, rien apporter de plus, au contraire ».

À titre de deuxième exemple, on peut affirmer que dans un nombre non négligeable de litiges individuels portés devant le juge administratif, qu'il s'agisse de notation, de mutation, d'avancement ou de congé de longue maladie ou de

360 - Le Conseil d'État a jugé qu'un effectif d'une cinquantaine de membres n'est pas insuffisant et ne permettait pas de priver en ce cas un corps d'une CAP, 20 janvier 1988, Syndicat des secrétaires adjoints des affaires étrangères, p. 28.



longue durée, la contestation profonde porte moins sur la légalité de la décision administrative attaquée que sur les caractéristiques concrètes de la relation de travail dans le service en cause, qu'il s'agisse de la définition des tâches, des moyens matériels dont dispose l'agent pour accomplir ces tâches, des modes d'appréciation du travail fait, ou des conditions, notamment de risque pour la sécurité ou la santé, dans lesquelles ce travail doit être fait compte tenu de la formation acquise, **tous points sur lesquels la continuité du dialogue social et la qualité de ceux qui s'y prêtent dans le service peuvent permettre non seulement de prévenir des contentieux, mais surtout de donner à ce dialogue un contenu plus riche et plus sensible aux agents**, qu'ils soient ou non syndiqués.

Une des voies de cet enrichissement du dialogue social est à rechercher dans la gestion de l'action sociale. L'expérience conduite en ce sens dans quelques administrations, comme celle de l'équipement, montre qu'un vecteur essentiel de cet enrichissement, tant au niveau central que local, peut consister à donner un rôle déterminant (majorité des membres et présidence par exemple) au sein du comité central et des comités locaux d'action sociale aux représentants du personnel, en les libérant, pour exercer leurs fonctions d'animateur d'action sociale, de leurs obligations de service, et en les faisant bénéficier d'une formation spécifique ³⁶¹.

Certes, percevoir, ce qui est déjà largement le cas tant pour les gestionnaires que pour les responsables syndicaux, tout le contenu possible du dialogue social ne signifie pas nécessairement, en tout cas pour tous, avoir clairement décidé dans quel but s'exprimer et donc comment le faire. Or, comme on l'a dit plus haut, la concertation et la négociation dans l'objectif de trouver un accord comportant des obligations réciproques ne relèvent ni de la même démarche d'esprit ni des mêmes procédés techniques.

C'est un fait bien connu que, en France, le syndicalisme dans la fonction publique est très divisé et reste largement encore un syndicalisme réticent à assumer officiellement le rôle de « partenaire » de l'État dans l'évolution de cette fonction publique. Il faudrait ajouter que l'existence d'un consensus profond de tous les gestionnaires pour opérer un « saut qualitatif » dans le dialogue social mérite peut être aussi d'être vérifiée ³⁶².

Il reste que, comme il a été dit, les esprits évoluent sur le sujet, et qu'il y a une vraie attente globale, même si son mode d'expression n'est pas toujours identique, que soit renouvelé « *le contrat social* » de fait qui unit la fonction publique à la Nation. Ce contrat social était fondé en 1946 sur l'idée « *de faire jouer un rôle moteur à l'État pour moderniser le pays, de rationaliser le mode de gestion de ses agents et de fournir à chacun d'entre eux un ensemble de garanties individuelles et collectives pour qu'ils s'engagent activement dans la reconstruction puis dans la croissance économique* » ³⁶³. On peut y ajouter

361 - Voir Serge Vallemont, « Les stratégies autour de la modernisation des services : comment désamorcer les réticences ? », *Revue française d'administration publique*, octobre-décembre 1996.

362 - Michèle Voisset parle d'une « révision déchirante » dans « Concertation et contractualisation dans la fonction publique », *AJDA*, juillet-août 1970, p. 388.

363 - Jean-Baptiste de Foucauld, « Le statut, les missions de l'État et l'évolution de la société », *Revue administrative*, numéro spécial 1996, précité.



aujourd'hui l'idée de « *la participation concrète, active, efficace des agents à la vie de la nation, aux défis qu'elle affronte dans le monde dans et avec l'Europe* », et le constat que les collectivités territoriales jouent parfois aussi un rôle moteur aux côtés de l'État, changements de circonstances qui conduisent, comme on l'a montré, à ouvrir le débat sur l'opportunité ou non d'aménagements de niveau législatif au statut général. Cependant le sens de tels aménagements ne peut être que de « renouveler » le lien qui unit la fonction publique à la Nation, de la solidité duquel les organisations syndicales, comme l'État et les collectivités territoriales, ont à être les garants.



On se sera peut-être étonné, après avoir lu les pages qui précèdent, ou au moins parcouru le sommaire de ces développements, que ne soient abordées ni la question des missions de l'État et des collectivités territoriales, ni celle de l'organisation de leurs services, personnalisés ou non, ni celle du principe et des modalités de la participation des usagers des services publics à leur fonctionnement. Ce choix procède du souci de centrer la réflexion sur le thème choisi « *Perspectives pour la fonction publique* », en évitant de glisser sur d'autres sujets dont la problématique est différente ou de tomber dans le piège du discours désincarné sur la réforme de l'État.

La fonction publique française, ce sont d'abord des millions d'hommes et de femmes qui assurent des fonctions de prestations de services collectifs, également prises en charge, fût-ce dans des conditions juridiques parfois différentes, dans tous les pays de conditions politiques, économiques et sociales comparables à la France, notamment dans l'Union européenne, et qui, parce que ces services doivent, par nature, être assurés de façon continue, ont besoin d'une visibilité à long terme sur ce qui est attendu d'eux, et d'une compréhension de la raison d'être de leurs droits et obligations à l'égard de la nation comme des pouvoirs publics.

En outre, le temps n'est plus où il suffisait à quelques-uns de commander et à la grande majorité d'obéir.

C'est tous les jours qu'il appartient à chacun, que ses fonctions soient de soigner, d'enseigner, de lever l'impôt, d'assurer le maintien de l'ordre, de négocier avec des partenaires étrangers, de juger..., de s'adapter au milieu dans lequel il travaille et, dans la mesure de ses capacités et de ses moyens, de contribuer à une meilleure performance collective.

La longue et riche histoire de ceux qu'on a pu nommer les « officiers publics » montre qu'à certains moments privilégiés la conscience commune de la nécessité d'une forte orientation à prendre peut apparaître.

L'ambition de ces considérations générales a été de contribuer à l'émergence de cette conscience.

Elles montrent à la fois la nécessité pour la fonction publique française d'évoluer en profondeur si elle veut faire face aux défis qui pèsent sur elle, et l'existence de multiples voies pour cette évolution, parmi lesquelles il convient de choisir. La fonction publique n'est pas irréformable, loin de là. Il n'y a aucune fatalité à l'immobilisme ou au simple aménagement à la marge,



qui ne modifie pas le cours des choses ; la réforme peut même être abordée à partir de plusieurs angles d'approche et plusieurs scénarios sont envisageables.

Encore faut-il admettre que le régime applicable aux agents publics, globalement qualifié de statut, ne constitue pas un tout indistinct, dont tous les éléments seraient indissolublement liés et ne pourraient de ce fait être modifiés, isolément les uns des autres, sans compromettre l'ensemble. En réalité, tout dans le statut n'est pas à mettre sur le même plan. Il y a ce qui relève de l'essentiel et qui correspond à ce pourquoi précisément un statut de la fonction publique a été voulu et construit au fil du temps, c'est-à-dire les principes fondamentaux définis dans les lois statutaires, sur lesquels il ne peut être question de revenir, destinés à assurer l'égal accès aux emplois publics, à garantir les fonctionnaires contre l'arbitraire et le favoritisme et à donner à la puissance publique les moyens d'assumer ses missions sur tout le territoire dans le respect des règles d'impartialité et de continuité. Et il y a ce qui relève davantage de la mise en œuvre ou de l'organisation, qui a donné lieu, année après année, à toute une construction réglementaire, ajoutant les règles aux règles, les garanties aux garanties et les procédures aux procédures ; ce dernier ensemble peut évoluer et être aménagé sans que les fondements de la fonction publique n'en soient atteints.



Contributions



La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un démantèlement programmé ?

Gwénaële Calvès,
professeur à l'université de Cergy-Pontoise
et à l'Institut d'études politiques de Paris

Invité par son nouveau Gouverneur à constater qu'« *il faut parfois près de huit semaines pour pourvoir un emploi public, et jusqu'à un an et demi pour licencier un agent peu performant* », l'État de Géorgie décidait que son système de fonction publique était irréformable et que la totalité des recrutements, à compter du 1^{er} juillet 1996, devrait en conséquence s'opérer selon les règles du droit commun du travail. D'autres États de l'Union, comme le Kansas en 2000 ou l'Arizona en 2001, optèrent ultérieurement pour des solutions plus incitatives mais non moins radicales, en offrant une substantielle augmentation de salaire aux fonctionnaires qui accepteraient de renoncer à leur statut.

Les composantes du « statut » ainsi répudié – ensemble hétérogène de dispositions réglementaires, législatives ou « déduites » de la Constitution fédérale par la Cour suprême des États-Unis – s'analysent comme une série de garanties qui jouent pour l'essentiel au stade du recrutement et du licenciement des agents. Elles sont constitutives du *merit system* qui regroupe, dans chacune des trois fonctions publiques états-uniennes (fédérale, étatique et locale) les emplois publics dont l'attribution est régie par des procédures de type méritocratique.

Les premiers jalons de ce système furent posés dans le droit fédéral, en 1883, par le célèbre Pendleton Act. La finalité initiale du dispositif n'était pas de créer *ex nihilo* une fonction publique professionnalisée et politiquement neutre, mais, plus modestement, de soustraire 10 % des emplois fédéraux au contrôle qu'exerçaient sur eux les partis politiques dans le cadre du système du patronage (*patronage system*). La loi de 1883 a toutefois permis le reflux progressif du système des dépouilles, en accordant au Président des États-Unis la faculté de « classier » par voie réglementaire les catégories d'emplois qu'il lui semblait opportun d'intégrer au *merit system*. Sans avoir été linéaire, la croissance du secteur des postes protégés n'en a pas moins été continue jusqu'aux années cinquante (elle atteindra son point maximum en 1952, avec 86 % d'emplois publics « classifiés »). La même tendance est observable, pour la période considérée, dans les différents États de l'Union et même, quoique dans une moindre mesure, au sein des collectivités locales¹.

1 - Sur la formation et l'essor des différentes fonctions publiques américaines, voir P.W. Ingraham, *The Foundation of Merit. Public Service in American Democracy*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1995.



La conception « wéberienne » de l'Administration, pour autant, ne s'est jamais complètement imposée. La permanence d'un large secteur d'emplois « exemptés » (*excepted*) ou d'emplois « discrétionnaires », ainsi que la fidélité de nombreux États au principe de l'élection d'une proportion parfois élevée de fonctionnaires, est à cet égard une caractéristique notable du système politico-administratif des États-Unis. La neutralité politique de la fonction publique, en outre, n'a jamais été unanimement considérée comme une valeur ou un principe fondamental, et il n'est pas exagéré de dire qu'« elle n'est acceptée qu'à contrecœur, comme un expédient auquel il faut se résigner pour des raisons pratiques. C'est une invention étrangère dont on s'accommode par pragmatisme mais non sans méfiance »². La philosophie politique sous-jacente au système des dépouilles reste profondément ancrée dans la mentalité collective : dans un pays où les fonctionnaires sont réputés servir non pas l'État mais le peuple, on se résigne mal à les voir échapper à toute sanction électorale directe ou indirecte. Est-il normal, s'interroge ainsi le juge Scalia depuis le banc de la Cour suprême, qu'un service public local dont les conditions de fonctionnement ou le maintien même se trouvent contestés par l'opinion publique reste dirigé par un fonctionnaire « politiquement neutre » échappant à tout contrôle populaire³ ?

Ce mouvement néo-jacksonien de contestation du *merit system* n'est pas une source directe de l'entreprise de « Réinvention de l'État » (*Reinventing Government*) conçue et pilotée, entre 1993 et 2000, par le Vice-Président Al Gore (I). À l'horizon de cet ambitieux programme de réformes, c'est pourtant bien la réintégration dans le droit commun du droit – faiblement – spécifique de la fonction publique qui semble se profiler (II).

I – Réinventer la fonction publique

Le programme de Réinvention de l'État est d'inspiration ouvertement « managériale » : il vise à construire « un État qui marche mieux et coûte moins cher »⁴ – objectif global qui se décompose en une volonté de réforme du service public (« considérer l'utilisateur comme un client ») mais aussi de l'organisation administrative (« créer une administration plus svelte et plus productive »). Sur ce dernier point, c'est l'industrie automobile qui, comme dans les années trente, est érigée en modèle par le Vice-Président : à l'instar de General Motors qui a pris acte, au cours des années quatre-vingt, du caractère irrémédiablement périmé du *one best way* taylorien, l'Administration fédérale doit renoncer à une organisation pyramidale et centralisée fondée sur la théorie

2 - G. Conac, *La fonction publique aux États-Unis. Essai sur le régime du Civil Service fédéral*, Armand Colin, 1958, p. 14.

3 - *Rutan v. Republican Party of Illinois*, 497 U.S. 62 (1990), opinion dissidente du juge Scalia, p. 110-111.

4 - Titre du rapport-programme publié en septembre 1993 par la *National Performance Review* dirigée par Al Gore (*From Red Tape to Results : Creating a Government that Works Better and Costs Less*, Washington DC, Government Printing Office, 1993).

de la division scientifique du travail. Elle doit aussi – comme le secteur automobile en son temps – être soumise à une cure d’amaigrissement drastique.

Une fonction publique plus « svelte »

La « révolution organisationnelle » impulsée par Al Gore s’est accompagnée d’un plan de suppressions de postes présenté d’emblée comme un impératif budgétaire et une priorité absolue du programme de Réinvention de l’État. L’objectif fixé est celui d’une disparition, en cinq ans, de 272 000 emplois civils (hors secteur postal) – chiffre qui représente, en 1993, environ 12 % du volume des emplois civils fédéraux. Cet objectif sera atteint et même dépassé puisque l’Administration fédérale, pour la première fois depuis 1965, descendra dès 1996 sous la barre des deux millions d’agents employés à plein temps, et aura finalement perdu, en 1998, près de 330 000 emplois⁵.

Le même mouvement de diminution des effectifs s’est manifesté dans certains États fédérés, mais en moyenne les fonctions publiques des États (4,1 millions d’agents) et les fonctions publiques locales (11,2 millions)⁶ ont continué à croître au cours des années quatre-vingt-dix – à un taux annuel, il est vrai, toujours inférieur à 1 %.

Les méthodes retenues pour imposer à la fonction publique fédérale une décroissance aussi spectaculaire se voulaient nettement moins brutales que la politique de « dégraissage » mise en œuvre (sans résultats autres que de court terme) sous la présidence de Ronald Reagan. Les emplois supprimés à partir de 1993, dans leur très grande majorité, correspondaient en effet à des postes laissés vacants par le départ en retraite de leur titulaire (technique de l’*attrition*), mais aussi et surtout à des postes qui avaient pu leur être « rachetés » (technique du *buyout*) dans le cadre du *Federal Workforce Restructuring Act* du 30 mars 1994 qui autorisait les administrations à offrir jusqu’à 25 000 dollars aux employés disposés à quitter le secteur public. Les agents séduits par la proposition étant pour l’essentiel des cadres intermédiaires de plus de cinquante ans, certains experts en management public ont souligné que la méthode du *buyout* a eu pour effet d’affaiblir le mouvement de Réinvention de l’État en le coupant d’une catégorie de personnels à laquelle aurait plutôt dû être attribué un rôle moteur. D’autres spécialistes ont toutefois souligné qu’une politique reposant sur des départs volontaires présentait l’avantage d’atténuer le « syndrome du survivant » qui paralyse et démotive les membres de toute organisation frappée par des suppressions de postes⁷.

5 - Voir D. Jones, *Downsizing the Federal Government*, M.E. Sharpe, Armonk, New York, 1998.

6 - Ces chiffres (établis en mars 2001 par le Bureau du recensement) seraient sans doute très supérieurs, si on y intégrait les salariés à temps partiel et les intérimaires (en ce sens, voir P. Light, « The True Size of Government », *Government Executive*, janv. 1999). Additionnés aux 2,4 M. d’agents civils fédéraux (secteur postal inclus), ils permettent de calculer un ratio agents publics / administrés de 1 pour 15,8, ce qui situe les États-Unis (de manière assez artificielle) dans la moyenne basse des pays occidentaux (1 pour 15 environ).

7 - Pour une présentation du débat, voir A. B. Villanueva, « Downsizing Bureaucracy : A Caveat Emptor », *Journal of Social, Political and Economic Studies*, vol. 21, n° 3, aut. 1996, p. 336-337.



Pour l'entreprise de Réinvention de l'État, l'enjeu était d'autant plus crucial qu'il avait été posé d'emblée que la clé de son succès résiderait dans la capacité des pouvoirs publics à mobiliser les agents et à les associer étroitement au déroulement de la réforme.

Des agents plus innovants

La libération et la valorisation de la capacité d'innovation des agents sont apparues tout à la fois comme un moyen et comme une fin de la réforme de la fonction publique fédérale.

La volonté affichée de réformer l'administration avec les agents plutôt que contre eux relève en premier lieu du simple pragmatisme. La commission *Grace* constituée en 1982 par Ronald Reagan offrait à cet égard un contre-modèle exemplaire : composée exclusivement de cadres dirigeants du secteur privé, cette commission avait mené pendant deux ans, sans aucune concertation avec l'élite administrative, des travaux financés sur fonds privés qui aboutirent à la publication d'un rapport (en 48 volumes) consacré pour l'essentiel à localiser des gisements d'économies budgétaires. Ce rapport s'est heurté à un véritable mur d'incompréhension et d'hostilité, d'autant qu'il intervenait dans un contexte politique où la pratique du *bureaucrat bashing* (« crier haro sur le rond-de-cuir ») avait atteint des niveaux inégalés. Par contraste, le comité chargé d'organiser puis de piloter la Réinvention de l'État (le *National Performance Review*, rebaptisée en 1998 *National Partnership for Reinventing Government*) entendait symboliser par sa composition l'étroite osmose entre l'autorité politique (un Vice-Président personnellement très impliqué dans le projet) et une pléiade de hauts fonctionnaires sommés de maintenir un contact étroit avec leurs services⁸. Au sein même de l'Administration, la pratique de la concertation a été systématiquement encouragée par un recours massif à la voie de la négociation collective (facilité par un taux élevé de syndicalisation dans le secteur public : 48 % contre 10 % seulement dans le secteur privé) ou encore par la création, au niveau des services, de nombreuses structures paritaires (*labor-management partnership councils*).

Par-delà l'exercice de « câlinothérapie », la volonté d'associer les agents à la réforme de l'État traduit en second lieu la prégnance d'un credo fondamental du Nouveau Management public : une gestion efficace des ressources humaines doit s'appuyer sur l'initiative individuelle des acteurs du système. En rupture avec un fonctionnement bureaucratique routinisé, standardisé et formalisé qui, par nature, bride l'innovation et décourage la prise de risque, la Réinvention de l'État a brandi l'étendard d'une « révolution culturelle » préfigurée par le *Government Performance and Results Act* adopté dès juillet 1993 : une culture du résultat doit se substituer au culte de la règle. Le respect quasi superstitieux de la lettre des textes (*control mentality*), parce qu'il induit des comportements de passivité et des postures de profil bas, est un obstacle à

8 - Sur la méthode adoptée par la *National Performance Review*, voir P. W. Ingraham *et al.* *Transforming Government. Lessons from the Reinvention Laboratories*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1998, not. chap. 3.

l'adaptabilité du service public aux besoins des usagers, ou même aux exigences du simple bon sens⁹.

Les stratégies de rupture retenues à cet égard dans le cadre du programme de Réinvention de l'État ont consisté à prôner le recours massif à « l'expérimentation », d'une part, aux techniques du management participatif, d'autre part.

Le principe de l'expérimentation de nouvelles formes d'organisation du travail avait déjà été consacré par le *Civil Service Reform Act* de 1978. L'exemple souvent cité d'applications concrètes qui en furent faites est celui de la base militaire de Sacramento : intéressés aux bénéfices induits par les gains de productivité qu'ils pourraient proposer, les agents du service concerné organisèrent d'eux-mêmes une réforme du mode de production dont les gains se chiffrent à plusieurs millions de dollars. La démarche a été développée à plus grande échelle à partir de 1993, avec la création, à l'invitation d'Al Gore, de près de mille « laboratoires de la Réinvention de l'État » (*Reinvention Laboratories*) censés permettre l'expérimentation, au niveau d'un service ou d'une aire géographique, de nouvelles méthodes de travail. Quant à la volonté de libérer, selon les préceptes du management participatif, les capacités d'innovation des agents, elle s'est traduite par des mesures destinées à « faire remonter » de la base au sommet les propositions pertinentes (ouverture d'une *hotline* de la Réinvention, politique de la porte ouverte imposée aux cadres dirigeants), à assurer la diffusion desdites propositions (documents vidéos, structures informelles de mutualisation des bonnes pratiques) mais aussi à organiser, façon Stakhanov, leur glorification (célébration des « Héros de la Réinvention », à qui on attribue en grande pompe des petits marteaux en or symbolisant leur victoire sur les « carcans bureaucratiques »)¹⁰.

Une organisation plus flexible

Les règles qui régissent l'organisation du *merit system*, au niveau fédéral comme dans les États, sont directement issues d'une théorie dont la Réinvention de l'État postule l'obsolescence : la théorie du management scientifique. Ces règles imposent une centralisation et une rigidité des procédures de recrutement qui auraient pour effet de transformer la gestion des ressources humaines au sein du secteur public – et donc la gestion publique en général – en un véritable « art de l'impossible »¹¹.

9 - Le rapport-programme de 1993 (*From Red Tape to Results*, op. cit. p. 4) développe ainsi l'exemple de la brigade fédérale des stupéfiants de la ville d'Atlanta, dont les frais de fonctionnement sont partiellement couverts par la vente des maisons appartenant aux trafiquants dont elle a permis l'arrestation. Pour assurer l'entretien de la pelouse de ces maisons (opération nécessaire à leur mise en vente), le service est tenu par l'équivalent du Code des marchés publics de procéder à un appel d'offre, sachant qu'aucune entreprise n'est en mesure de proposer un devis inférieur à 40 \$ et que n'importe quel jeune du quartier s'acquitterait de la tâche pour moins de 10 \$.

10 - Pour une présentation (faiblement distanciée) de ces politiques, voir S. Borins, *Innovating with Integrity. How Local Heroes are Transforming American Government*, Georgetown University Press, Washington DC, 1998.

11 - D. E. Osborne et T. Gaebler, *Reinventing Government : How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York, Penguin, 1992, p. 125.



Depuis une loi fédérale de 1923 dotée d'un homologue dans la totalité des États, le système standardisé de classification des emplois (*job classification*) forme la pierre angulaire du *civil service*. Ce système, qui a pris au fil du temps l'allure d'un véritable labyrinthe¹², confié à une administration centrale (l'*Office of Personnel Management* par exemple au niveau fédéral) le soin d'établir des profils de postes « type ». En fonction de la difficulté, de la technicité ou de l'importance des missions qui leur sont inhérentes, ces postes se trouvent ensuite inscrits dans une catégorie d'emplois et une grille de rémunération extraordinairement complexe. Le travail d'analyse et de catégorisation une fois mené à bien, l'administration centrale définit avec précision le contenu d'un test de sélection standardisé. Les candidats qui auront obtenu les meilleurs résultats à ce test (au nombre de trois ou de cinq selon qu'est applicable la *rule of three* ou la *rule of five*) seront inscrits sur une liste d'aptitude à partir de laquelle les différents chefs de service pourront choisir de recruter un agent qui devra recevoir le traitement attaché à son poste.

Ce système est trop profondément typique de l'approche américaine de la fonction publique – fondée non pas sur la notion de carrière ou de statut des agents mais sur celle de missions à accomplir – pour pouvoir être remis en cause dans son principe. Ce sont ses modalités de mise en œuvre qui, au cours des deux dernières décennies, ont été vivement critiquées par les promoteurs du Nouveau Management public. La description du poste, la décision d'embauche, la fixation du niveau de la rémunération initiale et son indexation ultérieure sur le niveau de performance de l'agent ou de l'équipe dans laquelle il s'insère constituent autant de tâches, selon ces réformateurs, qui doivent s'exercer au niveau le plus pertinent à leurs yeux : celui de l'unité de travail, c'est-à-dire du service. Un vaste mouvement de déconcentration des procédures de recrutement – amorcé par le *Civil Service Reform Act* de 1978 – s'est ainsi déployé tout au long des années quatre-vingt-dix. Le chef de service se trouve parfois personnellement investi d'une *direct-hire authority* qui lui permet de recruter directement un agent, sur un campus universitaire par exemple. Une meilleure adéquation de l'agent au poste à pourvoir a, par ailleurs, été recherchée à travers l'adoption de techniques empruntées au secteur privé (entretien de motivation, évaluation de la personnalité) : le « test » écrit, aujourd'hui abandonné dans la majorité des États, est également en net recul dans la fonction publique fédérale. L'individualisation de la rémunération, enfin, est de plus en plus fréquemment pratiquée.

Les rigidités inhérentes à l'organisation du *merit system*, au stade actuel d'un mouvement de réformes qui est sans doute loin d'avoir atteint son terme, se sont indéniablement atténuées. Le système a toutefois perdu en cohérence ce qu'il a gagné en flexibilité. La fonction publique « réinventée » est une fonction publique fragmentée au sein de laquelle se creusent des disparités croissantes – y compris en termes de rémunérations – d'une administration ou même d'un service à l'autre. La spécificité même de l'organisation administrative, progressivement, s'estompe.

12 - K.C. Naff, « Why Public Managers Hate Position Classification », in S.W. Hays et R.C. Kearney (dir.), *Public Personnel Administration*, Upper Saddle River, N.J., Prentice Hall, 4^e éd., 2003, p. 126-142.

II – Banaliser la fonction publique

« L'idée que les fonctionnaires puissent être titulaires de droits particuliers opposables à un employeur qui n'est autre que le peuple souverain », écrivait Gérard Conac en 1958, « apparaît choquante à beaucoup d'Américains. [...] La conception américaine du libéralisme condamne non seulement l'idée d'un droit propre et privilégié de la fonction publique, mais rejette également l'idée plus concrète de droits particuliers des fonctionnaires et d'une protection juridique des agents publics en tant que tels »¹³.

Cette appréciation, au vu de l'évolution ultérieure de la jurisprudence de la Cour suprême, doit être quelque peu nuancée. Un certain nombre de garanties constitutionnelles, relatives pour l'essentiel aux conditions de cessation d'emploi dans la fonction publique, ont en effet été progressivement dégagées par le juge au bénéfice des agents¹⁴. Le cadre juridique ainsi élaboré, pour être dérogatoire du droit commun du travail, ne saurait toutefois s'analyser comme une « constitutionnalisation » du *merit system*.

Alléger les procédures de licenciement

Dans son rapport-programme de 1993, Al Gore soulignait qu'un objectif central de la Réinvention de l'État consistait à accorder aux managers du secteur public une latitude aussi large que possible pour « recruter les agents dont ils ont besoin », « récompenser ceux qui font du bon travail », mais aussi « renvoyer les autres »¹⁵. Ce problème des agents « peu performants » est un véritable abcès de fixation du débat sur la réforme de l'Administration : présenté comme un frein aux gains de productivité lorsqu'il est envisagé sous l'angle managérial, il apparaît, dans une perspective plus politique, comme un facteur de délégitimation du service public.

En dépit d'une légende populaire qui permet toutes sortes de plaisanteries désobligeantes sur les agents publics, il est clair que les fonctionnaires américains ne sont nullement protégés contre le licenciement (*lay off*). Celui-ci interviendra automatiquement, si le poste occupé par l'agent est supprimé pour des raisons budgétaires ; il pourra également être décidé par le chef de service, si l'agent s'est avéré incapable d'atteindre les objectifs fixés par sa hiérarchie, ou pour tout autre « motif légitime » (*just cause*) lié la volonté « d'accroître l'efficacité du service ».

La spécificité du droit de la fonction publique en matière de licenciement réside dans une série de garanties exclusivement procédurales dégagées par la Cour suprême au cours des années soixante-dix.

13 - G. Conac, *op. cit.*, p. 15.

14 - Un second pan de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour concerne la protection de la liberté d'expression des agents. Pour un bilan, voir A. Rohr, *Civil Servants and Their Constitutions*, Lawrence, Kan., University Press of Kansas, 2002, p. 117-146.

15 - *From Red Tapes to Results*, *op. cit.*, p. 22.



Depuis qu'un arrêt de 1972¹⁶ en a décidé ainsi, tout agent titulaire (*tenured*) dispose en effet, à l'égard du poste qu'il occupe, d'un quasi-droit de propriété (*property interest*) – et même, depuis 1985, d'un droit de propriété à part entière (*property right*)¹⁷. S'il peut établir que les conditions de son licenciement portent atteinte à « sa bonne renommée, sa réputation, son honneur ou son intégrité » et/ou qu'elles diminuent ses chances d'obtenir plus tard un poste dans l'administration, l'agent pourra en outre – même s'il n'est pas titulaire – arguer qu'il est atteint dans un *liberty interest*¹⁸. Ceci signifie qu'un agent frappé par un licenciement pourra se prévaloir, certaines conditions étant remplies, de la clause du *due process of law* des V^e ou XIV^e Amendements (selon qu'il relève de la fonction fédérale ou étatique et locale), qui garantit que « nul ne sera privé de [...] liberté ou de propriété sans garantie juridique convenable ». L'invocation de cette disposition constitutionnelle imposera à l'autorité administrative de respecter scrupuleusement le principe du contradictoire, et, surtout, de justifier précisément sa décision. Les procédures de licenciement dans la fonction publique se trouvent ainsi considérablement alourdies et parfois même paralysées¹⁹.

L'effort du mouvement de réforme de l'État a consisté, dans un tel cadre, à introduire des méthodes d'évaluation de la performance individuelle des agents permettant d'asseoir de façon plus nette la décision de licenciement. Le partenariat systématiquement recherché avec les organisations syndicales s'est révélé, sur ce point comme sur d'autres, un facteur décisif pour le succès d'une réforme qui aboutit à relativiser fortement la spécificité du régime de l'emploi public²⁰.

Réhabiliter le système des dépouilles ?

Après avoir déduit de la Constitution des garanties relatives au licenciement des agents publics par le chef de service, la Cour suprême a entrepris d'organiser le régime de leur révocation par l'autorité de nomination. Inaugurée en 1976 dans une certaine confusion²¹, la jurisprudence de la Cour aboutit à poser que les libertés d'opinion et d'association garanties par le I^{er} Amendement interdisent les révocations pour motif politique (*political removals* ou *patronage dismissals*) dans tous les cas où « l'autorité de nomination [n']est

16 - *Board of Regents v. Roth*, 408 US 593 (1972).

17 - *Cleveland Board of Education v. Loudermill*, 470 U.S. 532 (1985).

18 - Sur cette jurisprudence, voir D. H. Rosenbloom et M. Bailey, « What Every Public Personnel Manager Should Know About the Constitution », in *Public Personnel Administration*, op. cit., p. 29-45.

19 - Dans la fonction publique étatique et locale, l'aléa contentieux est d'autant plus redouté que la Cour suprême a décidé que l'auteur d'un licenciement intervenu en violation « de droits constitutionnels clairement établis dont toute personne raisonnable devrait avoir connaissance » serait tenu de régler sur ses propres deniers les éventuels dommages et intérêts accordés à l'agent abusivement licencié (*Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800, 1982).

20 - En ce sens, voir le rapport de l'Office of Personnel Management, *Poor Performers in Government : A Quest for the True Story*, Washington DC, Government Printing Office, 1999.

21 - Rendu à la pluralité des voix (une majorité de juges s'accordant sur le dispositif mais non sur les motifs), l'arrêt *Elrod v. Burns* (427 U.S. 347, 1976) reposait sur une distinction entre « fonctions politiques » et « fonctions non politiques » qui sera répudiée dès 1980.

[pas] en mesure de démontrer que l'appartenance à un parti politique est une condition requise pour que les fonctions considérées soient accomplies de façon efficace »²². Cette solution sera étendue, en 1990, à l'ensemble des décisions affectant la situation juridique ou matérielle des agents²³.

Dénoncées par les juges dissidents comme une manifestation du gouvernement des juges (*judicial lawmaking*), ces solutions ont peut-être accéléré le mouvement de création d'emplois « déclassifiés » échappant à l'empire des règles du *merit system* – auxquelles sont aujourd'hui soustraits plus de la moitié des agents fédéraux. Elles ont, en toute hypothèse, suscité un important débat, au sein de la Cour mais aussi de la doctrine²⁴, sur les vertus respectives du *merit system* et du système du patronage.

La forte minorité de membres de la Cour suprême qui prônent un rééquilibrage des composantes « politique » et « professionnelle » de l'Administration renouent avec la vision jacksonienne d'une Administration dont la composition reflète l'évolution du paysage électoral. La thèse, développée successivement par les juges Powell et Scalia, vaut aussi bien pour les emplois recouvrant des missions de conception et d'animation que pour ceux auxquels sont attachées de simples tâches d'exécution – la distinction étant du reste fortement relativisée. Sans mettre en cause le zèle des agents (et encore moins leur loyauté), les juges dissidents insistent sur la fonction structurante, pour la vie politique américaine, du principe de la « rotation of office ».

« Caractéristique fondamentale [du] système politique [des États-Unis] »²⁵, le patronage revêt à leurs yeux trois séries de fonctions. En dotant les partis politiques d'un stock de postes à distribuer, il leur permet d'abord d'appâter des permanents dont il va de soi qu'ils n'acceptent d'être bénévoles qu'à condition de pouvoir espérer être récompensés un jour. En détournant les citoyens de « partis anti-système qui ont peut-être une philosophie politique séduisante mais peu de chances d'arriver au pouvoir », il consolide ensuite le bipartisme et rend ainsi possible l'alternance²⁶. En offrant aux nouveaux entrants dans le champ politique la possibilité d'étoffer leur clientèle électorale et de construire des alliances, le patronage ouvre enfin aux minorités ethniques la voie de l'intégration économique et sociale : tous les groupes qui ont accédé au pouvoir dans une ville américaine ont usé de ce levier, qui devient inutilisable au moment précis où les Noirs sont en mesure d'en user²⁷.

Cette vision quasi patrimoniale des emplois publics choquera sans doute le lecteur européen, et singulièrement français, pour qui le fonctionnaire est au service d'un intérêt général qui ne se déduit pas plus de l'addition des intérêts

22 - « *The hiring authority [must] demonstrate that party affiliation is an appropriate requirement for the effective performance of the public office involved.* » (*Branti v. Finkel*, 445 U.S. 507, 1980, p. 518.)

23 - *Rutan v. Republican Party of Illinois*, 497 U.S. 62 (1990).

24 - Pour un panorama des arguments échangés, voir les différents articles reproduits in S. Condrey et E. Maranto (dir.), *Radical Reform of the Civil Service*, New York, Lexington Books, 2001, p. 69-117.

25 - *Elrod v. Burns*, décision citée, opinion dissidente du juge Powell, p. 384.

26 - *Rutan v. Republican Party of Illinois*, décision citée, op. diss. du juge Scalia, p. 107.

27 - *Eodem loco*, p. 108.



particuliers que de la soustraction des intérêts partisans. Elle est pourtant partie intégrante d'une culture politique qui tient, quant à elle, pour acquis que « la garantie d'emploi quasi absolue que les Européens accordent aux fonctionnaires est le reflet de leur vénération pour la chose étatique »²⁸.

Le *merit system* aux États-Unis n'a pas été institué pour créer une Administration de type européen, mais pour lutter contre les dérives d'un système des dépouilles progressivement gangrené par la corruption, le gonflement artificiel du volume des emplois publics et la nomination d'agents incompétents. L'adoption d'un droit spécifique gouvernant le régime des emplois publics a constitué en 1883 un pis-aller, « un expédient auquel on se résigne pour des raisons pratiques »²⁹. Doit-il être maintenu par l'Amérique du XXI^e siècle ? Le développement de la presse, la technicisation accrue des tâches et le renforcement des garanties offertes par le droit du travail comme par le droit des affaires militent peut-être en faveur d'une réponse négative.

28 - P. Van Riper, *History of the United States Civil Service*, Evanston, Illinois, Row, Peterson, 1958, p. 101.

29 - G. Conac, *op. cit.*

Point de vue sur les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie

Roberto Caranta,
professeur de droit administratif à l'université de Turin

Introduction

L'étude du régime de la fonction publique en Italie doit prendre en considération deux questions majeures : d'abord le statut de l'agent public ; ensuite les fonctions qui sont attribuées aux fonctionnaires, surtout à ceux qui ont des responsabilités particulières, comme les fonctions de direction dans l'organisation administrative.

Concernant le statut du fonctionnaire, il s'agit avant tout d'identifier la nature du régime juridique ayant vocation à s'appliquer aux fonctionnaires ; les règles les plus importantes qui composent ce régime sont aussi à rappeler ; parmi ces règles, celles qui concernent l'accès à la carrière feront l'objet d'une analyse ponctuelle ; celles concernant la protection juridictionnelle du fonctionnaire sera aussi examinée. La situation tout à fait particulière des dirigeants sera analysée dans un paragraphe spécifique.

Concernant les fonctions attribuées aux agents publics, et notamment aux dirigeants, sera tout particulièrement considérée la question des relations des fonctionnaires avec le pouvoir politique.

Les deux ordres de questions qui seront abordées ici ont été le sujet de développements importants dans les dernières années en Italie. La situation actuelle ne peut être expliquée qu'en faisant état de ces développements parfois contradictoires ¹.

1 - L'ouvrage récent le plus important sur la fonction publique est S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, CEDAM, 2000 ; voir aussi, du même auteur, « Il personale », dans S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 335 ss.



I – Des principes communs et des règles différenciées

L'Italie n'a jamais connu un régime uniforme de fonction publique

Certes, les règles qui concernent la fonction publique de l'État ont toujours été appliquées à la plupart des fonctionnaires ; elles ont normalement représenté le modèle pour la rédaction des règles applicables dans d'autres domaines, comme la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière. Dans certains cas, l'application des règles de la fonction publique de l'État a été tout simplement étendue aux fonctionnaires rattachés aux différentes administrations de l'État ².

On peut aussi dire pour l'Italie ce qui a été dit pour la France : « *le Conseil d'État a construit un système jurisprudentiel de garanties communes à tous les fonctionnaires* » ³.

Pourtant, les règles applicables aux différents secteurs ont toujours été plus ou moins différenciées ; parfois, la différenciation a été plutôt apparente, des règles foncièrement similaires étant édictées dans les textes applicables aux fonctionnaires rattachés aux différentes catégories de personnes publiques ; d'autres fois, et cela deviendra le cas le plus fréquent, la différenciation est substantielle.

Jusqu'à présent, les différenciations n'ont pas eu la force d'effacer les principes qui, au-delà du particularisme des règles, sont communs à la fonction publique ⁴.

Dans ce bref exposé, l'attention sera concentrée par les principes ; d'une manière générale, les applications singulières et les exceptions ne seront pas rappelées.

Tout récemment le niveau de différenciation admis en Italie a crû substantiellement. La réforme de la Constitution de 2001 a marqué la dérive du système italien d'un régionalisme très timide jusqu'au fédéralisme.

En ce qui concerne la fonction publique, il est aujourd'hui certain que l'État peut réglementer le statut et les compétences des fonctionnaires de l'État et des personnes publiques [art. 117.1 lett. g) de la Constitution] ; il est bien douteux que l'État puisse donner des règles ayant vocation à s'appliquer aux fonctionnaires des collectivités locales [art. 117.1 lett. p) de la Constitution] ; l'État ne semble tenir aucun rôle en ce qui concerne les fonctionnaires des régions.

Des régimes de fonction publique très différenciés, même sur le plan des principes, pourront donc être introduits dans le futur.

2 - Sur ce point il est encore utile de se référer aux considérations de M.S. Giannini, « *Impiego pubblico* » (*teoria e storia*), *Encicl. dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 296 s.

3 - Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 128.

4 - Par exemple en ce qui concerne la fonction publique sanitaire voir le d. lgs. 19 giugno 1999, n. 229, sur lequel on peut se référer aux considérations de E. Barila : « *La nomina ed il rapporto di lavoro del direttore generale nelle aziende sanitarie e ospedaliere della riforma del servizio sanitario nazionale* », *Lav. p. a.* 1999, 565.

II – Les dispositions de la Constitution de 1948 relatives à la fonction publique

Les dispositions de la Constitution de 1948 visant la fonction publique ont toujours représenté un élément de continuité important, même si partiel, dans le système. Elles demeureront les seuls éléments sûrement communs si les régions décident d'introduire des régimes de fonction publique très différenciés.

La Constitution de 1948, issue de la période difficile de l'après-guerre et de la libération avec la fin du fascisme et de la monarchie, a instauré une démocratie où le parlement joue un rôle tout à fait central. Dans ce contexte, les questions concernant l'organisation du gouvernement et de l'administration publique n'ont pas retenu l'attention du Constituant autant qu'elles l'auraient mérité.

Deux seulement des articles de la Constitution sont consacrés à l'administration publique. Ils portent surtout sur des règles relatives à la fonction publique⁵.

L'article 97.1 réserve à la loi, en tant qu'acte du Parlement⁶, la compétence pour fixer les principes de l'organisation administrative ayant pour but l'impartialité et l'efficacité de l'action administrative⁷; les règles sur l'organisation administrative doivent établir les fonctions et les responsabilités des fonctionnaires (art. 97.2); le principe de l'accès par concours à la fonction publique est édicté par l'article 97.3, qui autorise la loi à introduire des exceptions⁸.

L'article 98.1 édicte la règle, qui est la règle première du régime de la fonction publique : il dispose que les fonctionnaires sont au service exclusif de la Nation. Cette règle est soutenue par la limitation de la possibilité de carrière des fonctionnaires élus au Parlement pendant toute la durée de leur mandat (art. 98.1, dernière phrase) et par la possibilité pour la loi de limiter le droit d'association politique pour certains fonctionnaires (art. 98.2)⁹.

Deux autres dispositions de la Constitution traitent du statut et des fonctions des fonctionnaires.

L'art. 28 prévoit que les fonctionnaires sont individuellement et directement responsables des atteintes aux droits de citoyens; cette responsabilité est soit civile, soit criminelle, soit administrative; la responsabilité civile se communique à l'État ou à la personne publique à laquelle le fonctionnaire responsable

5 - R. Caranta, *Politica e amministrazione nella Costituzione*, op. cit., p. 316 ss.

6 - Selon l'art. 95.3. de la Constitution, les attributions du Premier ministre et des différents ministres, aussi bien que leur nombre, doivent être établis par la loi.

7 - Voir le commentaire par C. Pinelli, *Commento all'art. 97*, dans le volume « La pubblica amministrazione », dans *Commentario alla Costituzione*, Bologna – Roma, Zanichelli, 1994.

8 - En général A. Meloncelli, *Il concorso nel pubblico impiego*, Roma, ESI, 1994; voir aussi Corte cost., 31 ottobre 1995, n. 478, *Giur. ital.* 1996, I, 394.

9 - Voir C. Pinelli, *Commento all'art. 98*, dans le volume « La pubblica amministrazione », dans *Commentario alla Costituzione*, Bologna – Roma, Zanichelli, 1994, p. 412 ss.



est rattaché. L'art. 28 a pour effet d'interdire tout régime de garantie administrative du type de celui auparavant en vigueur selon le modèle français.

L'art. 95.2 arrête le principe de la responsabilité des ministres pour tout acte de leur ministère. Il s'agit essentiellement de la responsabilité face au Parlement, et donc face aux partis politiques. L'Italie étant une république parlementaire et non une république présidentielle, le gouvernement et les ministres doivent toujours conserver la confiance de la majorité du Parlement.

Cette nécessité constitutionnelle empiète de façon importante sur les principes d'impartialité de l'action administrative et de neutralité politique des fonctionnaires édictés aux articles 97 et 98 de la Constitution¹⁰.

III – Caractères généraux du statut du fonctionnaire

Au début du XX^e siècle, seuls les agents de l'État étaient soumis à un régime ressortant principalement du droit public. Le statut des agents des collectivités locales était bien plus incertain ; pour ce qui est de l'essentiel de ces agents, et notamment les instituteurs dans les écoles élémentaires, ils étaient régis comme des salariés privés et étaient liés à l'administration par un contrat ; la loi n'édicteait que peu de règles¹¹.

Les choses vont changer de façon radicale dans les années 20. Le fascisme réalise son emprise sur la fonction publique qui est entièrement soumise au régime du droit public. Les fonctionnaires sont recrutés par voie de nomination, c'est-à-dire, par un acte unilatéral de l'administration. Les droits et les devoirs des agents publics sont édictés par la loi ou, en tout cas, par des décisions unilatérales. Les rapports hiérarchiques liant les fonctionnaires de niveau différent sont renforcés. En principe, toute association des agents publics est interdite. La plupart des actions des agents publics ressort désormais de la juridiction du juge administratif¹².

10 - La contradiction entre les différentes dispositions de la Constitution en la matière est remarquée, parmi d'autres, par G. Gardini, « Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica », *Dir. amm.* 2001, 48 ss. ; L. Torchia, « La responsabilità dirigenziale », dans M. Cammelli - C. Bottari - S. Recchione (curr.), *Riforme amministrative e responsabilità dei pubblici dipendenti*, Rimini, Maggioli, 1996, p. 54 s.

11 - La matière a été l'objet de l'étude fondamentale de A. Corpaci, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985 ; voir aussi l'analyse très pointue de S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 3 ss.

12 - Voir encore A. Corpaci, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, op. cit., p. 68 ss. ; S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 197 ss.



Seuls les salariés des personnes publiques dont l'activité relève du commerce ou de la production industrielle seront maintenus sous un régime de droit privé ; après quelques années, la juridiction du juge judiciaire concernant les actions introduites par ces salariés sera établie à nouveau ¹³.

Une étude autorisée publiée à la fin des années 70 par M.S. Giannini quand il était ministre de la Fonction publique au sens large ¹⁴, considère le régime du droit public, auquel sont soumis les agents publics, parmi les raisons du mauvais fonctionnement de l'administration publique italienne ¹⁵. Plus précisément, le rapport Giannini remarquait que la réglementation de droit public s'était avérée très rigide et avait finalement sclérosé la fonction publique du fait d'une multiplication chaotique de règles contraignantes ¹⁶. Même la dévolution partielle à la négociation avec les organisations syndicales des aspects financiers du traitement des agents publics n'avait apporté aucun progrès, dès lors qu'aucune attention n'avait été accordée aux questions relatives à la productivité des agents publics et à l'efficacité des processus de décisions publiques ¹⁷.

De là, la proposition d'une réforme de l'administration et de la fonction publiques permettant l'introduction de règles plus proches de celles du droit privé voire une privatisation substantielle du rapport d'emploi pour les fonctionnaires dont les compétences ne se rattachent pas à l'exercice des pouvoirs souverains ¹⁸. La réaction furieuse des milieux administratifs et l'indifférence très large des responsables politiques face à la question de la réforme de l'administration publique coûta finalement à M.S. Giannini son fauteuil de ministre à l'occasion de la formation d'un nouveau gouvernement ¹⁹.

Pendant une décennie, la quête d'une réforme de l'administration publique fut abandonnée. La question de l'efficacité de l'administration redevint centrale dans les années 90 avec les défis de l'intégration européenne. Le défi européen est même expressément mentionné par le législateur : aujourd'hui l'art. 1.1 lett. a) du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165, énonce la nécessité d'améliorer l'efficacité de l'administration en relation à celle des services correspondants des autres pays membres de l'Union européenne ²⁰.

13 - A. Corpaci, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, op. cit., p. 91 ss.

14 - L'action de M.S. Giannini en ce domaine a fait l'objet de l'analyse récente de M. Rusciano, « Giannini e il pubblico impiego », *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1111 ss.

15 - M.S. Giannini, « Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato », *Foro ital.* 1979, V, 289 ; voir aussi S. Cassese, « L'administration publique italienne », dans Ch. Deb-basch (dir.), *L'administration publique en Europe*, Paris, Éd. du CNRS, 1988.

16 - M.S. Giannini, « Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato », op. cit., c. 291 ; dans la doctrine française aussi on lamente la lourdeur d'un système de nature législative et réglementaire : M. Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *Act. Jur. Dr. adm.* 2000, p. 13 ss.

17 - *Ibid.*, cc. 298 ss.

18 - *Ibid.*, cc. 301 ss.

19 - On peut décerner soit les obstacles à l'action de réforme soit l'indifférence des politiciens dans deux lettres écrites par M.S. Giannini le 9 août et le 23 octobre 1980, qui ont été publiées dans *Riv. trim. dr. pubbl.* 2000, p. 1364 ss.

20 - Voir aussi S. Cassese, « La riforma amministrativa all'inizio della quinta Costituzione dell'Italia unita », *Foro ital.* 1994, V, cc. 249 ss. ; les expériences des autres pays furent aussi employées dans la préparation de la réforme : L. Vandelli, « L'attenzione al diritto straniero », *Riv. trim. dr. pubbl.* 2001, p. 1605 ss.



Comme on le verra de façon plus détaillée ultérieurement, l'existence de phénomènes importants de corruption dans l'action des décideurs publics a été elle-même une raison importante de l'activité réformatrice du législateur. Concernant le statut des fonctionnaires publics, le premier moment de la réforme fut marqué par le décret législatif du 3 février 1993, n. 29, qui portait des mesures de rationalisation de l'organisation publique et de révision de la législation en matière de fonction publique. Il s'agit d'un texte qui a été plusieurs fois modifié, notamment en vertu du décret législatif du 31 mars 1998, n. 80²¹ ; enfin, les règles en matière ont été codifiées par le décret législatif du 30 mars 2001, n. 165. Il faut remarquer que le législateur a ressenti à maintes reprises l'exigence d'opérer des corrections non négligeables. En général et sauf exceptions, on fera ici référence aux textes les plus récents²².

Le décret législatif du 30 mars 2001, n. 165, porte plusieurs dispositions sur ce qui est désormais appelé le travail avec les administrations publiques. Du point de vue du statut des fonctionnaires la nouveauté la plus importante du processus de réforme commencé avec le décret législatif du 3 février 1993, n. 29, est la privatisation de l'emploi de la plupart des agents publics²³.

La loi et les règlements ont la tâche de conformer l'organisation bureaucratique, y incluses l'indication des unités fonctionnelles les plus importantes et l'individualisation des dotations organiques des unités majeures (art. 2.1 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165). Les agents publics sont recrutés par contrat individuel ; leurs droits et obligations sont réglés en principe par les dispositions du Code civil applicable aux contrats de travail entre particuliers (art. 2.2 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165). La principale loi en Italie pour la protection des travailleurs, celle de 20 mai 1970, n. 300, connue comme le « Statut des travailleurs » est expressément reconnue applicable aux agents publics (art. 51.2 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165).

La loi elle-même règle les activités qui ne sont pas incompatibles avec le principe d'exclusivité de l'emploi avec une administration publique ; elle prévoit l'adoption par le Département de la fonction publique, après l'avis des syndicats des travailleurs, d'un code de conduite ; la loi édicte aussi les règles fondamentales en ce qui concerne la responsabilité des fonctionnaires, mais la typologie des fautes et surtout des sanctions qui peuvent leur être infligées est établie par le contrat cadre (art. 53, 54, et 55 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165, respectivement).

En effet, comme dans l'emploi privé, une réglementation plus détaillée s'imposant aux agents, aussi bien qu'aux administrations publiques, est donnée par des accords-cadres signés entre les associations syndicales des travailleurs et une autorité spécifique, l'*Agenzia per la rappresentazione nego-*

21 - Voir D'Auria, « Nuove norme sulla privatizzazione del pubblico impiego », *Giorn. dir. amm.* 1998, p. 1117 ss.

22 - En général, mais avant l'adoption du décret législatif 30 mars 2001, n. 165, voir S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 330 ss.

23 - Le Conseil d'État, dans son avis sur le projet du texte normatif avait encore souligné les différences entre la fonction publique et le travail privé : Cons. St., Ad. gen., 31 agosto 1992, n. 146, *Foro ital.* 1993, III, 4.

ziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) (art. 40 ss. du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165)²⁴.

Cette différence importante entre le régime de l'emploi privé et celui de l'emploi public privatisé concerne les conséquences de l'exercice de fait, c'est-à-dire hors d'une procédure de sélection pour l'avancement, par un agent de fonctions supérieures à celles prévues en relation avec sa position dans l'administration. En ce cas, tandis que dans l'emploi privé le travailleur est en droit de conserver la nouvelle position avec les avantages économiques et de carrière, cette règle ne trouve pas d'application aux fonctionnaires publics (art. 52 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165).

Enfin, le concours est encore la modalité prévue généralement pour accéder aux emplois publics. L'art. 97 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165, prévoit qu'on puisse se passer du concours dans le cas d'emplois qui ne nécessitent aucune spécialisation de la part du travailleur ; dans ce cas, l'administration n'a pas de marge réelle de choix, puisqu'elle doit engager les personnes qui ont une position prioritaire dans les listes officielles des chômeurs.

La privatisation emporte avec soi la juridiction de l'autorité judiciaire. Le juge judiciaire n'est nullement lié par les décisions prises par l'administration s'il pense qu'elles ne sont pas conformes à la loi ; il peut prendre toute décision, y compris des injonctions, et, notamment, des mesures portant constitution de l'exercice ou dissolution d'un contrat de travail (art. 63 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165)²⁵.

Le juge administratif conserve sa juridiction seulement en ce qui concerne les procédures de concours (art. 63.4 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165)²⁶.

Les juges, soit judiciaires soit administratifs, les avocats de l'État, les militaires et les policiers, les fonctionnaires des carrières diplomatique et préfectoral, les agents de quelques autorités administratives indépendantes sont les seuls exclus de la privatisation, et donc encore soumis au régime du droit public. Les professeurs et les chercheurs universitaires sont aussi soumis au régime du droit public dans l'attente d'une réforme spécifique qui doit tenir compte du principe constitutionnel de l'autonomie des universités (art. 3 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165).

Ces fonctionnaires restent soumis à la juridiction du juge administratif, toute compétence du juge judiciaire étant expressément exclue (art. 63.4 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165).

24 - Voir encore S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 451 ss.

25 - En général S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 357 ss. Il s'agit d'une exception importante par rapport à la règle générale dérivée par voie d'interprétation de l'art. 4 de la loi 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, selon laquelle le juge judiciaire ne peut adresser n'importe quels ordres à l'administration publique : voir à ce sujet A. Angeletti, *Aspetti problematici del riparto delle giurisdizioni e Stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 100 ss.

26 - R. Caranta, « Privatizzazione del rapporto di lavoro con gli enti pubblici non economici e forme della tutela giurisdizionale », dans A. Aangeletti (cur.), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 177 ss.



IV – Le statut du fonctionnaire : le cas particulier des dirigeants

À l'origine les dirigeants du plus haut niveau de l'administration de l'État étaient aussi exclus de la privatisation²⁷. La situation a changé avec le décret législatif du 31 mars 1998, n. 80 ; les dirigeants sont aujourd'hui soumis aux mêmes règles que la plupart des autres agents publics²⁸. La même chose se passe pour les dirigeants des collectivités locales et les secrétaires communaux et provinciaux selon l'art. 88 du décret législatif du 18 août 2000, n. 267, qui a repris une solution déjà introduite par l'art. 6, 4^o alinéa, de la l. 15 mai 1997, n. 127 (qu'on appelle aussi *Bassanini II*), de modification de l'art. 51 de la l. 8 juin 1990, n. 142, c'est-à-dire de l'ancienne loi générale en matière de collectivités locales²⁹.

Une différence encore importante par rapport au régime antérieur de la fonction publique est que désormais, en règle générale, le contrat de travail des dirigeants de l'administration publique est un contrat à durée déterminée, c'est-à-dire, non permanent. La durée du contrat ne peut pas dépasser cinq ans (trois ans dans le cas des secrétaires et des directeurs généraux des ministères) ; ces contrats sont dissous de plein droit – même avant leur échéance (quatre-vingt-dix jours après le serment d'un nouveau gouvernement) ; le contrat peut être renouvelé à l'échéance (art. 19 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165). Concernant les secrétaires communaux et provinciaux, leur permanence dans la fonction est expressément liée à la durée du mandat du maire ou du président de la province par l'art. 99 du décret législatif du 18 août 2000, n. 267.

La plupart des dirigeants des administrations de l'État doit être choisie parmi les personnes qui sont inscrites sur une liste officielle des dirigeants établie dans chaque administration ; pourtant, un certain pourcentage des dirigeants, qui atteint jusqu'à cinquante pour cent dans le cas des secrétaires et des directeurs généraux des ministères, peuvent être choisis hors liste, parmi des postu-

27 - Cette différence de traitement a été jugée conforme à la Constitution à partir de l'arrêt Corte cost., 25 luglio 1996, n. 313, *Giur. cost.* 1996, 2584, note C. Pinelli, « *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del rapporto di lavoro dirigente* ».

28 - Voir aussi, en ce qui concerne les dirigeants attachés au Premier ministre l'art. 9 du décret législatif 30 juillet 1999, n. 303 ; pour les dirigeants du bureau politique des ministres l'art. 7 du décret législatif 30 juillet 1999, n. 300. En général P. Chirulli, « *Dirigenza pubblica (riforma della)* », in *Encicl. giurid. Treccani*, vol. IX, Roma, 2001 ; F. Carinci, « *La riforma del pubblico impiego* », *Riv. trim. dir. pubbl.* 1999, p. 189 ; sur le régime antécédent S. Battini et S. Cassese, *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1997.

29 - L'évolution de la discipline de la fonction publique territoriale est tracée par M.E. Riva, « *Segretari comunali e provinciali* », et C. Silvestro, « *La dirigenza degli enti locali* », tous les deux dans F. Caringella et al. (curr.), *L'ordinamento degli enti locali nel testo unico*, Milano, IPSOA, 2001, p. 491 ss. et p. 545 ss. ; M. Cuccuru, *Il nuovo status dei segretari comunali e provinciali*, *Foro amm.* 2001, 2219 ; voir aussi S. Raimondi, « *La dirigenza nei comuni e nelle province* », *Dir. amm.* 1999, p. 403 ss. ; M. Clarich, « *Politica e amministrazione negli enti locali* », *Giorn. dir. amm.* 1996, p. 782 ss. ; G. Pastori, « *La dirigenza regionale e locale nella legislazione vigente* », dans *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Modena, Mucchi, 1992, p. 960 ss.

lants inscrits sur des listes établies par des autres administrations publiques ou même parmi des personnes privées ayant des caractéristiques professionnelles qui, malgré les mots boursoufflés de la loi, sont assez flous pour permettre aux politiciens de choisir presque n'importe quelle personne et de le nommer directeur (art. 19 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165)³⁰. Des règles semblables sont édictées par les art. 108 ss. du décret législatif du 18 août 2000, n. 267, en ce qui concerne les dirigeants des collectivités locales.

Le concours est prévu par la loi comme l'une des modalités pour l'inscription sur les listes officielles des dirigeants établies aujourd'hui dans chaque administration ; en ce qui concerne les administrations de l'État, l'autre modalité prévue par le même art. 28 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165, est la participation aux cours-concours organisés par la *Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione* (il s'agit d'une ENA à l'italienne) ; l'admission aux cours-concours est faite, elle aussi, par concours³¹. Un système semblable est réglé par l'art. 98 du décret législatif du 18 août 2000, n. 267, en ce qui concerne les secrétaires communaux et provinciaux ; ici une liste nationale des secrétaires communaux et provinciaux est prévue par la loi. Les principes portés par la loi sur la fonction publique de l'État sont déclarés applicables aux autres dirigeants des communautés locales par l'art. 111 du décret législatif du 18 août 2000, n. 267.

Pourtant, de nombreux textes prévoient la possibilité d'engager du personnel hors toute forme de concours³².

Avoir passé un concours est donc désormais une condition qui même quand elle est nécessaire n'est jamais suffisante pour être nommé dirigeant ; ce qu'il faut avoir et garder longtemps c'est la confiance des élus.

V – Les relations avec le pouvoir politique

De toute évidence, les relations entre la fonction publique et les milieux politiques, en général tous les élus, posent plusieurs problèmes partout dans le monde.

30 - Le décret législatif 31 mars 1998, n. 80, qui modifiait le décret législatif 3 février 1993, n. 29, avait introduit une liste des directeurs commune à toutes les administrations nationales, où les directeurs étaient classés dans deux niveaux de compétence ; le décret législatif 26 février 1999, n. 150, avait introduit des modifications marginales : voir A. Stancanelli, « Il ruolo unico della dirigenza dello Stato », *Giorn. dir. amm.* 1999, p. 821 ; voir aussi Corte conti, Sez. contr., 9 aprile 2002, n. 15/G, *Foro amm.* – *CdS* 2002, 1537, note A. Baldanza, « *Il ruolo unico della dirigenza : strumento di separazione fra politica e amministrazione o di soggezione ?* » ; le décret législatif 30 mars 2001, n. 165, a changé tout cela ; chaque administration nationale (c'est-à-dire, chaque ministère, chaque autorité indépendante et cetera) a sa propre liste ; le bureau du Premier ministre a la tâche d'organiser une banque de données tirées de chaque liste.

31 - Des règles particulières sont applicables aux dirigeants de l'éducation nationale par l'art. 29 du décret législatif 30 mars 2001, n. 165.

32 - Par exemple art. 7 du décret législatif 30 juillet 1999, n. 300, concernant les bureaux politiques des ministres ; art. 110 du décret législatif 18 août 2000, n. 267, qui est appliqué aux collectivités locales.



En Italie elles en posent davantage ³³.

La corruption y était endémique. Très souvent, le système de patronage politique l'emportait sur l'application des principes de légalité et d'impartialité des décisions administratives. Les fonctionnaires n'étaient nullement un grand corps de l'État ³⁴.

Le législateur a fait semblant d'y remédier avec des réformes importantes concernant les compétences respectives des organes de composition politique, d'une part, et des fonctionnaires, ayant des responsabilités de dirigeant notamment, d'autre part ³⁵.

La réforme est axée sur la distinction de trois fonctions :

- la fonction de fixer des règles, d'établir les programmes, de dessiner les lignes générales de l'action administrative et de définir les objectifs à atteindre par l'administration ;
- la fonction de gestion ;
- la fonction de contrôle de la conformité de l'action conduite par l'administration aux buts préalablement fixés.

La distinction des fonctions faisait déjà l'objet d'une règle minimale dans l'art. 51 de la loi du 8 juin 1990, n. 142, la loi de réforme des collectivités locales, et fut développée par le décret législatif du 3 février 1993, n. 29, qui a porté des mesures de rationalisation de l'organisation publique et de révision de la législation en matière de fonction publique, et par une foule d'interventions normatives successives. Aujourd'hui, le système trouve son achèvement dans les art. 50 et 107 décret législatif du 18 août 2000, n. 267, en ce qui concerne les collectivités locales et, d'une façon très complète, dans les art. 4 et 14 ss. du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165.

La première fonction rappelée relève tout naturellement de la compétence des organes ayant une composition politique, comme le gouvernement, les ministres, les maires et leurs adjoints, et en général tous les élus. En effet, il s'agit ici de détailler le programme politique sur lequel les intéressés ont remporté la victoire aux élections.

La gestion est toute autre chose. Il s'agit, par exemple, de passer des contrats ; de diriger la passation des marchés publics ; d'adopter toute autre décision se traduisant par des dépenses pour l'administration publique ; d'ordonner dans

33 - Voir S. Cassese et B.G. Mattarella (curr.), *Democrazia e cariche pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1996.

34 - M. D'Alberty, « L'alta burocrazia in Italia », dans M. D'Alberty (cur.), *L'alta burocrazia*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 114 ss. ; S. Cassese, « Grandezza e miserie dell'alta burocrazia italiana », *Pol. dir.* 1981, p. 219 ss.

35 - Voir en général R. Caranta, « Compiti della politica e compiti dell'amministrazione », dans « *Scritti in onore* » di E. Casetta, t. 2, Napoli, Jovene, 2001, p. 1009 ss. ; M. Clarich, « Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale) », *Dir. amm.* 2000, p. 376 ss. ; S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 605 ss. ; R. Ianotta, « L'evoluzione normativa in tema di funzioni dirigenziali nella P.A. ed il quadro delle connesse responsabilità », dans *Atti del XLIV convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 52 ss. ; C. D'Orta, « La riforma della dirigenza : dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione ? », *Riv. trim. dir. pubbl.* 1994, p. 151 ss.

les détails l'organisation des bureaux ; de présider les jurys de concours pour l'accès et l'avancement dans la fonction publique ; de diriger les agents affectés à l'administration ; d'adopter toute autre décision individuelle relevant de la compétence de l'administration (art. 107 décret législatif du 18 août 2000, n. 267 ; art. 17 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165).

Comme il s'agit de décisions individuelles adoptées dans un cadre réglementaire préfixé en vue des buts qui sont eux-mêmes prédéterminés, la fonction de gestion ressort nécessairement du dirigeant. Le dirigeant, en tant que fonctionnaire, est au service exclusif de la Nation selon les termes de l'art. 98.1 de la Constitution. À ce titre, il est en théorie placé dans une position idéale pour garantir l'impartialité des décisions administratives requises par l'art. 97.1 de la Constitution.

Le législateur a érigé en système ce qui avait été la démarche timidement empruntée par la Cour constitutionnelle dans une série d'affaires touchant la composition des jurys dans les concours pour l'accès aux emplois publics et pour les avancements. La Cour avait décidé que les règles prévoyant une composition majoritaire des élus dans ces jurys étaient en contradiction avec les principes d'impartialité et de bon fonctionnement de l'administration édictés par l'art. 97.1 de la Constitution ³⁶.

L'exclusion des organes ayant une composition politique de la gestion est marquée à un point tel que la loi interdit aux ministres de se mêler des décisions qui ressortent de la compétence des dirigeants ; les ministres ne peuvent même pas retirer ou modifier les décisions prises par leurs collaborateurs exerçant des responsabilités de dirigeant ; en cas d'inertie d'un dirigeant, le ministère compétent peut mettre en demeure et nommer un remplaçant en cas de non-respect de cette mise en demeure ; les ministres ont le pouvoir d'annuler les décisions prises par les dirigeants seulement pour des raisons de légitimité, à l'exclusion des raisons de simple opportunité (art. 20 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165).

Le contrôle de l'efficacité de la gestion menée par les dirigeants relève de la compétence des organes ayant une composition politique. Ces organes sont responsables devant le Parlement et les autres assemblées électives ; en dernier

36 - Corte cost., 15 ottobre 1990 n. 453, *Giur. cost.*, 1990, 2706, notes G. Azzariti, *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica* ; C. Pinelli, « *Politica e amministrazione : una distinzione per l'ordine convenzionale* » ; *Ivi*, 1991, 1516, note M. Carducci, « *Negoziare politica* » e « *imparzialità* » della *Pubblica Amministrazione in una pronuncia della Corte costituzionale* ; *Foro it.*, 1991, I, 395, note A. Cariola, « *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici davanti alla Corte costituzionale : un'applicazione zoppa del principio di imparzialità ?* » ; *Dir. reg.*, 1991, 1504, note G. Pastori, « *Amministrazione, imparzialità e composizione tecnica degli organi* » di *amministrazione del personale* ; Corte cost., 23 luglio 1993, n. 333, *Regioni*, 1994, 890, note G. Endrici, « *Tra Corte e legislatore, un decalogo per le commissioni di concorso* » ; voir aussi Corte cost., 25 novembre 1993, n. 416, *Giur. cost.*, 1993, 3441 ; Corte cost., 6 aprile 1998, n. 99, *Giur. ital.*, 1998, 1707 ; Corte cost., 4 gennaio 1999, n. 1, *Giur. cost.* 1999, 1, note R. Alesse ; *Giorn. dir. amm.* 1999, 536, note V. Talamo, « *Concorsi interni : prassi vecchie e nuove del legislatore davanti alla Corte costituzionale* », e in *Lav. p. a.* 1999, 119, note M. Montini, « *Il nuovo ordinamento professionale dei pubblici dipendenti alla luce della sentenza 1/1999 della Corte costituzionale* » ; comme le rappelle A. Mari, « *La composizione delle commissioni per i concorsi pubblici* », *Giorn. dir. amm.*, 1998, 1099, la Cour ne semble pas demander une exclusion totale des élus parmi les membres des jurys.



ressort, ils sont responsables devant le peuple lui-même, qui, à son tour, va rendre son jugement à l'occasion des élections successives. Les élus doivent être à même de vérifier à tout moment le bon fonctionnement des services dont ils sont responsables (art. 20 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165)³⁷.

La question de savoir si les fonctions respectives des élus et des dirigeants doivent être analysées dans des termes de séparation ou plutôt de coordination a fait l'objet de beaucoup d'analyses dans la doctrine italienne³⁸.

Il suffit ici de remarquer que même dans une optique de coordination, et en effet les liens entre eux sont bien évidents³⁹, il s'agit de rôles respectifs que la loi définit soigneusement dans le but d'éviter tout empiètement des élus sur des fonctions dont l'exercice serait perturbé par des décideurs partiels⁴⁰.

Conclusion

Les réformes des années 90 ont abordé deux questions principales : le statut des agents publics et leurs fonctions.

Du point de vue du statut, la réforme revient à une privatisation. La privatisation a été avant tout une opération idéologique.

Sous l'influence de la pensée économique, l'idée que les organisations privées sont plus souples et donc plus efficaces que les organisations publiques s'est répandue ; le mérite du droit privé serait d'être plus souple que le droit public et donc plus prêt à s'adapter pour faire face aux nouveaux défis d'une société qui change sans cesse.

On doutait de l'efficacité d'un droit public de la fonction publique qui avait établi un système complet et complexe de garanties au profit de l'agent public ; un système qui donnait essentiellement une garantie de stabilité dans l'emploi. On a donc privatisé avec le but, comme le dit l'art. 1.1 lett. c) du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165, d'améliorer l'utilisation des ressources humaines⁴¹.

Il est bien douteux que la privatisation de la fonction publique ait conduit à un surcroît d'efficacité de l'action publique.

37 - En général L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, CEDAM, 2000 ; F.P. CERASE, « Indirizzo, controllo ed accountability nella pubblica amministrazione italiana », *Riv. trim. dir. pubbl.* 1999, p. 805 ss.

38 - Voir par exemple F. Merloni, « Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale (A proposito dei rapporti tra "politica" e "amministrazione") », *Dir. pubbl.* 1997, p. 349 ss. ; C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza*, cit., p. 156 s.

39 - Voir B. Dente, *In un diverso Stato*, Bologna, il Mulino, 1995, part. p. 51 ss., et N. Longobardi, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Torino, Giappichelli, p. 182 ss.

40 - Voir aussi G. Gardini, « Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica », *op. cit.*, p. 54.

41 - Voir S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazione*, *op. cit.*, p. 330 ss.

En effet, en Italie comme partout dans le continent européen, le droit (privé) du travail n'est pas tellement souple ; plusieurs institutions internationales le remarquent chaque jour, en craignant la rigidité du marché du travail censée être l'une des raisons du retard dans le développement économique de l'Europe par rapport aux États-Unis. Aujourd'hui, en Europe, les salariés privés jouissent eux-mêmes d'un régime de stabilité substantielle. Ce régime est perturbé seulement dans le cas d'insolvabilité, de crainte d'insolvabilité, ou de difficultés économiques graves de leur employeur. L'insolvabilité n'étant pas une condition facilement applicable à l'administration publique, il ne reste que les difficultés. Il est pourtant évident que des raisons politiques empêchent presque toute forme de licenciement collectif dans la fonction publique. En Italie, même les procédures de permutation d'emploi, qui seront bien nécessaires au moment où on est en train de décentraliser, sinon de fédéraliser la République, sont tenues en échec depuis longtemps puisque la perspective alternative du licenciement collectif, bien qu'elle soit prévue par la loi, réside en permanence dans le royaume de l'impossibilité politique⁴².

En ce qui concerne la plupart des agents publics, la privatisation n'a eu d'autre effet que de rendre plus facile l'accès au juge (les juges judiciaires étant beaucoup plus dispersés que les juges administratifs), avec comme conséquence une véritable explosion des contentieux. Il est douteux qu'il s'agisse d'un progrès.

C'est plutôt en ce qui concerne les dirigeants que la privatisation a eu des effets importants, bien qu'il s'agisse là encore de résultats fort redoutables.

Avec l'introduction du contrat à durée déterminée, les dirigeants ont en effet perdu toute garantie de stabilité dans leurs fonctions. Ceux qui, après avoir passé le concours, sont inscrits sur une liste de dirigeants ne sont pas même sûrs d'être effectivement investis des fonctions correspondant à leur rang. Dans certains cas, on peut même ne pas rester inscrit sur une liste : si la nomination à des fonctions de dirigeant tarde, on est rayé de la liste (c'est le cas des secrétaires communaux et provinciaux selon les prévisions de l'art. 101.4 du décret législatif du 18 août 2000, n. 267).

L'affaiblissement substantiel du statut des dirigeants a été motivé par le souci des élus d'avoir des collaborateurs qui, craignant pour leur futur, soient prêts à mettre en œuvre efficacement les politiques arrêtées par les organes élus à tout niveau territorial⁴³.

Les préoccupations d'efficacité l'auraient donc emporté sur l'impartialité.

Les milieux, notamment économiques, qui, avec plus de force et de pouvoir pour emporter la conviction, réclamaient une administration à l'abri des influences politiques ont obtenu plus de satisfaction avec la création des autorités administratives indépendantes⁴⁴.

42 - L'art. 33 du décret législatif du 30 mars 2001, n. 165, et les dispositions semblables plus anciennes n'ont jamais été appliquées.

43 - Voir G. Endrici, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2000 ; F. Merloni, « *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale* », *op. cit.*, p. 360 ss.

44 - Voir R. Caranta, *Politica e amministrazione nella Costituzione*, p. 331 ss.



La réforme de la fonction publique effectuée par le législateur n'avait pas suffi à ces milieux. Les citoyens ont dû s'en contenter.

En effet, ce n'est pas par hasard que les dirigeants, après s'être vu reconnaître des pouvoirs de décision et une autonomie de choix importants, ont été vite asservis au gré des élus en ce qui concerne leur statut.

En effet, les innovations récentes ont forcé le juge administratif à affirmer le caractère fiduciaire du rapport entre les élus et les dirigeants ; le choix des dirigeants et surtout la non-confirmation par les nouveaux élus des dirigeants déjà en place ne nécessitent aujourd'hui aucune motivation particulière⁴⁵.

Le système a été l'objet des critiques radicales d'une partie importante de la doctrine, qui a dénoncé dans les termes les plus nets l'introduction d'une forme de « *spoils system* » dont la conformité avec la Constitution est fort douteuse.

Il faut avouer que la Cour constitutionnelle, qui a été plusieurs fois appelée à se prononcer sur des aspects divers du système actuel à l'occasion de nombreux renvois des tribunaux administratifs régionaux⁴⁶, a presque toujours confirmé la constitutionnalité des dispositions contestées en décidant que les choix du législateur n'étaient pas frappés d'erreur manifeste, s'agissant de garantir l'efficacité de l'action des élus⁴⁷.

Pourtant l'on peut bien douter que le système actuel soit taillé à la mesure de l'efficacité qu'on dit propre au droit privé. Bien que les dirigeants aient tout intérêt à suivre les indications et suggestions qui leur viennent des élus, les agents publics que les dirigeants sont appelés à mobiliser jouissent d'une garantie de stabilité qui n'a pas été atteinte par la réforme ; ces agents ne sont donc pas nécessairement très motivés à être performants⁴⁸.

45 - Cons. St., Sez. IV, 3 maggio 2001, n. 2492, *Foro amm.* 2001, 1115 ; T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, 16 gennaio 2002, n. 59, *Foro amm. - T.A. R* 2002, 35 ; c'était différent auparavant : voir par exemple Cons. St., Sez. IV, 22 maggio 1997, n. 553, in *Giorn. dir. amm.* 1998, 43, note G. Della Cananea, « *Gli atti di alta amministrazione e l'obbligo di motivazione* » ; T.A.R. Campania, Sez. II, Napoli, 28 gennaio 1998, n. 272, *T.A.R.* 1998, I, 1063, et *Lav. p. a.* 1998, 942, note S. Ciucciavino, « *Obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi e rotazione degli incarichi dirigenziali* ».

46 - Voir parmi beaucoup d'autres T.A.R. Lazio, Sez. III, 5 giugno 1996, n. 1172, *Riv. giur. lav.* 1996, II, 401 ; T.A.R. Lazio, Sez. I, 19 luglio 2000, n. 6060, in *T.A.R.* 2000, I, 3697.

47 - Corte cost., 25 luglio 1996, n. 313, *Giur. cost.* 1996, 2584, note C. Pinelli, « *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del rapporto di lavoro dirigente* » ; Corte cost., 4 marzo 1997, n. 59, *Giur. cost.* 1997, 612, et *Foro it.* 1997, I, 3508 ; Corte cost., 23 luglio 2001, n. 275, *Giur. cost.* 2001, 2306, note P. Chirulli, « *Incarichi dirigenziali e giurisdizione : una decisione prudentemente "minimalistica"* » ; Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 11 (ord.), *Giur. cost.* 2002, 68, notes N. Lupo, « *L'estensione della contrattualizzazione ai dirigenti generali supera il vaglio della Corte costituzionale* », et L. Panzeri, « *Dal regime pubblicistico alla privatizzazione della dirigenza generale* » ; Corte cost., 16 maggio 2002, n. 193, *Giorn. dir. amm.* 2002, 939, note G. Gardini, « *L'attività dirigenziale tra responsabilità e stabilità* », semble pourtant demander au législateur des garanties du point de vue de la substance et des procédures dans le cas de dissolution anticipée du contrat avec le dirigeant.

48 - Voir aussi S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 759 ss.

Les dirigeants sont aujourd'hui pris entre les feux croisés des prétentions – pas forcément légitimes – des élus et de la lassitude des agents publics de plus bas niveau.

En conclusion, les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie semblent plutôt être le résultat redoutable de la conjonction entre le préjugé selon lequel le droit privé serait doté de l'efficacité plus grande et la volonté mal dissimulée des milieux politiques de rester les décideurs réels même dans les cas particuliers, et même si c'est de façon indirecte.

Il est difficile donc de croire que ce modèle mérite d'être suivi en Europe.



La fonction publique en Grande-Bretagne

*Duncan Fairgrieve,
professeur au British Institute of International
and Comparative Law, Londres,
maître de conférences à l'Institut d'études politiques de Paris*

Introduction

L'histoire politique et administrative de chacune des nations de l'Europe a contribué à créer une diversité singulière des systèmes de fonction publique¹. Il n'existe pas de modèle européen en ce domaine. En effet, les contours même de la notion de fonction publique présentent pour un comparatiste des difficultés à cerner. Comme l'a remarqué le Professeur Jacques Ziller, la notion de *fonction publique* est fort difficile à traduire avec exactitude dans les différents pays européens². Si une traduction littérale du mot français de « fonctionnaire » donne, d'après mon dictionnaire franco-anglais, le terme « *civil servant* », ceci est une traduction conceptuelle inégale. Le « *civil service* » constitue seulement le noyau dur d'une fonction publique largement répandue en Grande-Bretagne. En terme de chiffres, le problème de définition ressort clairement. Alors qu'il existe environ cinq millions de fonctionnaires français³, il n'y a guère qu'un demi-million de *civil servants*⁴. Or, les deux pays ont une approche très diverse quant au service public, mais l'État britannique ne peut pas encore fonctionner avec un dixième du personnel de l'administration française ! En fait, le terme de « *civil service* » est beaucoup plus restreint que la notion de *fonctionnaire* au sens où le « *civil service* » n'inclut pas par exemple les personnes travaillant au niveau local, dans la santé publique, ainsi que les magistrats⁵ et policiers.

1 - A. Claisse et M.-C. Meininger, *Fonctions publiques en Europe*, Montchrestien, 1994.

2 - J. Ziller, *Administrations comparées*, Montchrestien, 1993.

3 - Voir par exemple, R. Godeau, « La France compte entre 4,9 et 5,6 millions de fonctionnaires », *Le Figaro*, 23 octobre 2002.

4 - *Civil Service Statistics 2001*.

5 - Voir H. Wade and C. Forsyth, « *Administrative Law* » (8th ed, Oxford, 2000), p. 73.



Traditionnellement, la définition formelle d'un *civil servant* est un serviteur de la Couronne, différent des titulaires de postes politiques ou judiciaires, employés à titre civil et rémunérés par des fonds votés par Parlement. Le *civil service* ainsi ne constitue qu'une petite partie des personnels des administrations. L'éducation ressort de la compétence des autorités locales. La police a un statut très particulier⁶. Les personnels de la santé ne sont pas non plus des fonctionnaires au sens strict (*civil servants*), et relèvent principalement du service national de santé (*National Health Service*)⁷.

I – Les réformes de la fonction publique

La fonction publique britannique, en commun avec beaucoup de pays, a connu des modifications significatives ces dernières années. Depuis les années 80, le secteur public a subi des réformes importantes afin de permettre une meilleure utilisation des ressources et renforcer son efficacité. Des procédés de gestion souvent inspirés par le secteur privé ont été introduits, et tout cela dans le contexte de privatisation d'un certain nombre de services antérieurement assurés par le secteur public⁸, ainsi que l'encouragement au déploiement du financement privé dans le secteur public par la technique de PPP (*public private partnership*)⁹.

L'une des étapes-clés dans l'évolution de la fonction publique britannique fut les recommandations contenues dans le rapport de Sir Robin Ibbs intitulé : « *Improving Management in Government : The Next Steps* » (« Améliorer la gestion publique : les prochaines étapes »)¹⁰. Le but de ce rapport était l'« *instauration d'un nouveau mode de fonctionnement des affaires publiques* »¹¹. Le mécanisme choisi était la création des agences d'exécution, unités opérationnelles fournissant pour le compte du gouvernement un service public dans un domaine spécifique. Le travail gouvernemental était divisé entre les décisions de politique générale, qui demeurait au niveau ministériel, et l'exécution effective de cette politique en termes opérationnels, transférée aux agences. Ces agences se sont donc vu octroyer de grands pouvoirs concernant le fonctionnement quotidien du service public dont elles étaient chargées et la gestion du personnel (recrutement et avancement). Le cadre juridique pour ce transfert de pouvoirs était établi dans un document-cadre (« *framework document* »). Chaque agence était placée sous la direction d'un *Chief Executive*¹² personnellement responsable de la performance de l'agence.

6 - Voir H. Wade and C. Forsyth, ouvrage précité, p. 149-160 ; S. Fredman and G. Morris, « *The State as Employer* » (1989), p. 71-73.

7 - Qui est composée de plusieurs organisations différentes.

8 - Voir A. Stevens, « Royaume-Uni : Les Agences d'Exécution et leur Impact sur le Civil Service », *Revue française d'administration publique*, 1990, p. 485.

9 - Par exemple, le *National Air Traffic Services*. Voir le site internet : www.nats.co.uk.

10 - Voir A. Stevens, article précité.

11 - Voir A. Stevens, article précité.

12 - Environ un tiers des *Chief Executives* ont été recrutés dans le secteur privé : P.P. Craig, « *Administrative Law* » (4th ed, London, 1999), p. 101.

L'avènement des *Next Steps Agencies* a modifié durablement la structure du *civil service*. Partant d'un *civil service* unifié en matière d'organisation, de ressources et de conditions de travail on est arrivé à une fonction publique beaucoup plus diverse¹³. Une sorte de déconcentration par secteur d'activité a été instaurée¹⁴. Actuellement il existe 127 agences d'exécution (« *Executive Agencies* »), qui couvrent des activités diverses (par exemple *Prison Service* ; *Land Registry* ; *Passport Office*)¹⁵. Les trois quarts des *civil servants* travaillent maintenant dans une telle organisation. Ces agences ont des ressources en termes de personnel et financiers très diverses¹⁶. Elles ont souvent le pouvoir de modifier les conditions de rémunération de leurs personnels¹⁷.

Ces développements ont également bouleversé la notion de la responsabilité, au sens large, appliquée à la fonction publique¹⁸. Le principe traditionnel selon lequel le ministre engage sa responsabilité politique devant le parlement pour les activités des fonctionnaires qui dépendent de son ministère a été en quelque sorte dilué par cette autonomie octroyée aux agences. Si le ministre reste responsable des objectifs généraux des agences, il ne l'est plus en ce qui concerne les activités opérationnelles ; d'où un phénomène de déresponsabilisation politique qui a déjà été constaté indépendamment des réformes structurelles de la fonction publique¹⁹.

Un autre facteur de modification de la structure du *civil service* a été l'importante réforme constitutionnelle de la décentralisation. À la fin des années 90, le gouvernement de Tony Blair a tenu sa promesse en matière de dévolution de pouvoirs en créant un parlement en Écosse ainsi que des assemblées au pays de Galles et en Irlande du Nord²⁰. Cette dévolution aurait pu être accompagnée de l'établissement de fonctions publiques entièrement distinctes en Écosse et au pays de Galles²¹. Or, ceci ne s'est pas fait. Les lois qui ont instauré cette dévolution ont spécifiquement prévu que les fonctionnaires dans la nouvelle structure écossaise ainsi que galloise relevaient du « *home civil service* »²². En dépit de ce démenti législatif de la décentralisation de la fonction publique, il est certain que ces nouvelles institutions vont encourager encore plus de diversité en ce qui concerne la fonction publique britannique²³.

13 - Voir P.P. Craig, « *Administrative Law* » (4th ed, London, 1999), p. 89.

14 - Il faut noter également que la décentralisation au Royaume-Uni a aussi été un autre facteur de fragmentation. Voir *infra*.

15 - Voir « *Better Government Services : Executive Agencies in the 21st Century* » (Cabinet Office, 2002), accessible sur : www.civilservice.gov.uk/agencies.

16 - Alors que le *Prison Service* est composé de 42 000 fonctionnaires, le *National Weights and Measures Laboratory* est composé de seulement 50 fonctionnaires.

17 - P.P. Craig, ouvrage précité, p. 101-102.

18 - G. Drewry and T. Butler, « *The Civil Service Today* » (1991), p. 228.

19 - A. Bradley and K. Ewing, « *Constitutional and Administrative Law* » (London, 12th ed., 1998), p. 314-317.

20 - Voir J. Bell, « La révolution constitutionnelle au Royaume-Uni », *Revue du droit public*, 2000, p. 427-436 ; « Les réformes constitutionnelles relatives à l'Écosse, au pays de Galles et à l'Irlande du Nord », *Revue française de droit constitutionnel*, 1999, p. 179.

21 - N. Burrows, « *Devolution* » (London, 2000), p. 131.

22 - Scotland Act 1998, section 51 (2) ; Government of Wales Act 1998, section 34 (2).

23 - Voir J. Greenwood, R. Pyper, D. Wilson, « *New Public Administration in Britain* », 2002.



Malgré la diversité créée par ces réformes, il existe beaucoup de traits communs concernant les statut, recrutement, droits et devoirs des *civil servants*, des sujets qui sont pertinents en termes de réflexion comparée²⁴.

II – Statut des *civil servants*

Dans les divers systèmes européens, les statuts et droits des fonctionnaires sont des sujets majeurs du droit public qui sont accompagnés d'une jurisprudence riche et d'œuvres de doctrine importantes. L'une des caractéristiques du statut des fonctionnaires en Europe – souvent d'ailleurs contesté – est la stabilité d'emploi²⁵.

En Grande-Bretagne, la situation est plus nuancée. Au premier abord, il paraît exister une exception anglaise puisque traditionnellement la règle de la *common law* veut que *civil servants* (ainsi que militaires) soient employés « *at her majesty's pleasure* ». Par conséquent, les *civil servants* pouvaient être renvoyés sans recours et il y avait même des hésitations quant à la possibilité d'exiger le paiement du salaire du fonctionnaire devant les tribunaux²⁶. Les droits de travail des fonctionnaires étaient donc limités. Ceci relève très clairement d'une décision de la Cour d'appel²⁷. Un agent public au service consulaire au Nigéria ayant été renvoyé du service a demandé une indemnité. Le service a refusé et l'intéressé a porté plainte devant les tribunaux. Ceux-ci ont donné raison à la Couronne. La Cour d'appel a accepté l'argumentation des avocats de la défense, à savoir que « *les serviteurs de la Couronne exercent leur fonction à la discrétion de celle-ci, à moins que la loi ne le prévoit autrement* »²⁸. Les justifications de cette approche ressortent clairement du jugement de Lord Justice Kay selon lequel, les fonctions sensibles de certains *civil servants*, notamment des diplomates (« *dont les questions de guerre et de paix peuvent dépendre* ») nécessitent la possibilité d'un droit de renvoi sans limitation.

Malgré cette position des *civil servants a priori* très peu protectrice par la *common law*, le sort des fonctionnaires britanniques s'est nettement amélioré. Les grands volets de législation sociale qui ont transformé le droit de travail anglais ont eu un effet considérable sur le statut des *civil servants*. La protection contre le licenciement abusif des préposés a été étendue aux serviteurs de la Couronne²⁹. Les *civil servants* peuvent maintenant exiger des indemnités pour licenciement abusif. Il existe d'ailleurs des règles spécifiques s'appliquant aux fonctionnaires leur donnant le droit de contester un licenciement

24 - Voir J. Ziller, *Administrations comparées*, Montchrestien, 1993.

25 - Voir J. Ziller, ouvrage précité, § 733.

26 - *Lucas v Lucas* [1943] P 68. Mais maintenant voir *Kodeeswaran v A-G. of Ceylon* [1970] AC 1111, 1123.

27 - *Dunn v The Queen* [1896] 1 QB 116.

28 - « *Servants of the Crown hold office only during the pleasure of the Crown, except in cases where it is otherwise provided by statute.* »

29 - Employment Rights Act 1996, section 191.

devant une autorité indépendante, le *Civil Service Appeal Board* ³⁰. Nombre de dispositions de la législation sociale s'appliquent également aux fonctionnaires, dont ceux condamnant la discrimination : *Race Relations Act 1976* ; *Sex Discrimination Act 1975* et *Equal Pay Act 1970*. La précarité du statut du fonctionnaire dérivant de la *common law* a donc été compensée par les interventions du législateur ³¹.

III – Recrutement

Une administration efficace a besoin de recruter ainsi que faire avancer des agents qui sont sélectionnés et promus sur la base d'évaluation selon des critères objectifs. L'histoire de tous les pays européens reflète la progression d'un système de patronage vers un système de mérite ³².

En France, les principes d'égalité et de mérite en matière d'accès aux emplois publics ont été affirmés avec éclat par les révolutionnaires, notamment dans le célèbre article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ³³.

En Grande-Bretagne, jusqu'au XIX^e siècle, les emplois publics relevaient d'un système de patronage, et étaient souvent réservés aux familles aristocratiques, ou plus tard, octroyés comme faveur politique ³⁴. La révolution industrielle a entraîné d'importantes mutations sociales. Cependant, l'étape importante vers un système de mérite a été le rapport de Northcote et Trevelyan de 1853 sur la fonction publique, lequel a conclu à la nécessité « *de doter le service public d'une catégorie d'agents rigoureux et efficaces, à travers un système d'examens approprié* » ³⁵. Peu de temps après, le gouvernement a répondu en instaurant une organisation, dénommée la « *Civil Service Commission* » et composée de trois commissaires à la fonction publique (*civil service commissioners*), chargée d'examiner les candidatures à la fonction publique. Ceci a introduit un élément d'objectivité concernant le recrutement de certaines catégories de fonctionnaires. Quelques années plus tard, la guerre de Crimée ayant démontré les défaillances du *civil service*, un pas décisif vers l'égalité d'accès était fait ³⁶. En effet, à partir de 1870 était institué un concours ouvert à tous, inspiré par le principe du mérite.

30 - Voir *R v Civil Service Appeal Board, ex parte Bruce* [1988] 3 All ER 686 ; [1989] 2 All ER 907.

31 - Voir W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th edn, Oxford, 2000), p. 67.

32 - Voir A. Claisse et M.-C. Meininger, ouvrage précité, § 61 ; J. Ziller, ouvrage précité, § 666.

33 - « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ces yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »

34 - Voir A. Claisse et M.-C. Meininger, ouvrage précité, § 62 ; J. Ziller, ouvrage précité, § 671.

35 - Voir A. Claisse et M.-C. Meininger, ouvrage précité, § 62.

36 - Voir J. Ziller, ouvrage précité, § 671.

De nos jours, le recrutement est effectué sur dossier, suivi d'un entretien et de certains examens spécifiques. Afin d'assurer que pour les postes d'importance ce soit les meilleurs candidats qui soient recrutés, il existe également des possibilités de recrutement direct dans le secteur privé³⁷.

Ce système de sélection et recrutement est lié à la tradition britannique du fonctionnaire généraliste. En fait, il existe une proportion assez restreinte de juristes au sein du *civil service*. À l'opposé de beaucoup de systèmes de fonction publique en Europe, le recrutement du *civil service* n'exige généralement pas de connaissances particulières dans des domaines spécifiques, comme le droit, mais plutôt des qualités intellectuelles générales³⁸. Bien évidemment, il existe des départements juridiques constitués d'un personnel de juristes et d'avocats (*solicitors*). Mais il y a peu de hauts fonctionnaires qui ont une formation juridique à l'université. Cet aspect de la fonction publique britannique, qui est souvent négligé, a entraîné des conséquences importantes. Comme le professeur Wade l'a très justement observé : « *Partout dans le gouvernement central, on peut remarquer l'absence d'influence juridique dans le style et la technique de l'administration. Le civil service, avec son caractère non-juridique et sa gestion interne autonome tend à développer des attitudes clairement différentes de celles des juristes.* »³⁹

IV – La participation des représentants du personnel

En dépit de sa réputation actuelle en matière de protection sociale, c'est au Royaume-Uni que la participation des syndicats à la détermination des conditions de travail a vu jour au lendemain de la première guerre mondiale⁴⁰. Suivant les recommandations du très important rapport Whitley⁴¹, des conseils ont été mis en place, connus dorénavant sous le nom de *Whitley councils*. Ces conseils composés de représentants de la direction et fonctionnaires, sont chargés de négocier des accords sur les droits et devoirs des personnels du secteur public, sur les questions telles que les horaires de travail ou la rémunération d'heures supplémentaires. Le contenu de ces accords est repris dans les règlements intérieurs.

37 - Les *Next Steps Agencies* peuvent librement recruter leur personnel pour les échelons inférieurs.

38 - Voir W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th edn, Oxford, 2000), p. 54.

39 - « *Throughout the central government [...], there is a marked lack of legal influence on the style and technique of administration [...]. The civil service, with its non-legal character and its autonomous internal management, tends to develop attitudes which are distinctly different from those of lawyers* ». Voir W. Wade and C. Forsyth, ouvrage précité, p. 56.

40 - A. Claisse et M.-C. Meininger, ouvrage précité, § 103.

41 - Le comité rédacteur de ce rapport était présidé par Rt. Hon. J H Whitley MP.

V – La déontologie des fonctionnaires

En Grande-Bretagne, les grands principes gouvernant les activités des fonctionnaires britanniques sont énumérés dans le *Civil Service Code*, maintenant incorporé dans le *Civil Service Management Code*⁴². Ce document constitue donc une sorte de compilation à l'anglaise de la déontologie du fonctionnaire. Certains points en seront exposés ici.

Les principes de base de la fonction publique sont exprimés comme suit : « *Le rôle constitutionnel et pratique du Civil Service est d'assister avec intégrité, honnêteté, impartialité et objectivité le gouvernement légitime du Royaume-Uni, l'Exécutif écossais ou l'Assemblée nationale du pays de Galles formés en application de la loi de 1998 sur l'Écosse et le Gouvernement du pays de Galles, et ce, quelle que soit son orientation politique, dans l'élaboration des politiques, l'application des décisions et l'administration des services publics relevant de leur compétence.* »⁴³

Le Code examine le comportement d'un fonctionnaire à l'égard de ses supérieurs hiérarchiques ainsi que vis-à-vis du public. En ce qui concerne ses rapports avec un ministre, un *civil servant* est soumis à l'obligation de donner « *un conseil honnête et impartial au Ministre* »⁴⁴. À l'égard du public, un *civil servant* doit « *s'efforcer de gérer les affaires publiques avec bienveillance, efficacité, promptitude et sans parti pris ou mauvaise administration* » et de « *s'efforcer de s'assurer de l'usage conforme, réel et efficace de l'argent public* »⁴⁵.

Un *civil servant* « *ne doit pas faire mauvais usage de sa position officielle ou des informations acquises dans l'exercice de ses fonctions dans le but de servir ses intérêts personnels ou ceux d'autrui. Il ne doit pas recevoir d'avantage quelconque de la part d'une tierce personne qui pourrait être perçu comme mettant en cause son jugement personnel ou son intégrité* »⁴⁶. Un *civil servant* ne doit pas « *utiliser les biens publics afin de servir les intérêts politiques d'un parti* »⁴⁷.

42 - Les deux documents sont publiés sur le site internet : www.cabinet-office.gov.uk/

43 - « *The constitutional and practical role of the Civil Service is, with integrity, honesty, impartiality and objectivity, to assist the duly constituted Government of the United Kingdom, the Scottish Executive or the National Assembly for Wales constituted in accordance with the Scotland and Government of Wales Acts 1998, whatever their political complexion, in formulating their policies, carrying out decisions and in administering public services for which they are responsible.* »

44 - « *Honest and impartial advice to the Minister.* »

45 - « *Endeavour to deal with the affairs of the public sympathetically, efficiently, promptly and without bias or maladministration' and 'endeavour to ensure the proper, effective and efficient use of public money.* »

46 - « *Should not misuse their official position or information acquired in the course of their official duties to further their private interests or those of others. They should not receive benefits of any kind from a third party which might reasonably be seen to compromise their personal judgement or integrity.* »

47 - « *Use public resources for party political purposes.* »



Il est intéressant d'examiner la façon avec laquelle cette série de principes est appliquée dans deux domaines particuliers : les activités politiques de fonctionnaires et les conflits d'intérêts potentiels.

VI – Fonctionnaires et vie politique

En dehors de l'obligation générale de réserve qui pèse sur des fonctionnaires en tous lieux, la question de la participation à la vie politique est à la fois importante et controversée. Le principe de base est qu'un fonctionnaire britannique ne doit pas participer aux activités qui pourraient mettre en question son impartialité vis-à-vis du gouvernement en fonction. En application de ce principe, le poste de *civil servant* est incompatible avec un mandat parlementaire⁴⁸. Pour tout ce qui concerne les autres activités, les règles dépendent du grade du fonctionnaire concerné. Les *hauts fonctionnaires* ne peuvent pas participer aux activités politiques au niveau national, tel que par exemple occuper un poste au sein d'un parti politique ou donner un avis sur une question politique de portée nationale. Cependant, ces *hauts fonctionnaires* peuvent, avec autorisation, participer au niveau local. Les autres grades de fonctionnaires ont plus de liberté. Ceux qui occupent un grade intérimaire peuvent également avec permission participer à toutes activités politiques. Mais, comme dans tous les pays européens, ils doivent veiller à ne pas enfreindre leur obligation de discrétion professionnelle et de réserve, et garder une certaine retenue dans l'expression de leurs opinions⁴⁹. Les grades inférieurs peuvent librement participer à de telles activités, sans nécessité de solliciter un accord.

Comme on l'a rappelé plus haut, le poste de *civil servant* est incompatible avec un mandat parlementaire. Aucun *civil servant* ne peut donc être élu à la Chambre des communes⁵⁰ ou au Parlement européen⁵¹. Avant de présenter sa candidature parlementaire, un *civil servant* est contraint de donner sa démission. L'impartialité de la fonction publique est par ce moyen maintenue.

D'une perspective comparée, la question se pose de la réintégration de fonctionnaires qui ont été contraints de démissionner afin de présenter leur candidature parlementaire. Pour ceux qui occupent des grades inférieurs, principalement des postes d'ouvriers (« *industrial and non-office grades* ») ils sont automatiquement réintégrés dans leurs postes dans l'éventualité où ils ne seront pas élus⁵². S'ils sont élus, ils doivent être réintégrés après la fin de leur mandat, à condition qu'ils aient une ancienneté d'au moins 10 ans avant leur élection et que leur absence du *civil service* ait duré moins de 5 ans⁵³. Pour

48 - House of Commons Disqualification Act 1975.

49 - Voir J. Ziller, ouvrage précité, § 773.

50 - House of Commons Disqualification Act 1975.

51 - European Parliamentary Elections Act 1978.

52 - *Civil Service Management Code* section 4.4.6. 2001 *General Election Guidance* (Cabinet Office, May 2001).

53 - *Civil Service Management Code* section 4.4.6. Ils doivent présenter leur demande de réintégration dans les 3 mois suivant la fin de leur mandat.

les fonctionnaires des autres catégories, leurs supérieurs disposent d'un pouvoir discrétionnaire quant à la réintégration. Le *Civil Service Management Code* dispose que « la réintégration d'un fonctionnaire ne peut normalement dépendre que de la possibilité de lui offrir un poste, au moins initialement, dans un secteur non-sensible »⁵⁴.

Le modèle britannique de la fonction publique est basé sur la séparation entre les activités administratives et politiques. Il existe donc une importante variation entre les positions française et allemande en la matière⁵⁵. La réglementation sur les élections britanniques décourage la présentation de candidatures par les fonctionnaires. La notion de la mise en disponibilité dans une position temporaire de la fonction publique n'existe pas. Non seulement la réintégration automatique est restreinte aux grades inférieurs, mais elle est soumise à des critères stricts. Pendant le temps passé à l'extérieur de la fonction publique, l'avancement du fonctionnaire britannique dans son corps n'est pas seulement suspendu, mais cette période passée comme élu ne rentre pas en compte dans l'octroi d'augmentations de salaire ou de retraite⁵⁶.

Par conséquent, il n'est pas surprenant que le nombre de fonctionnaires parmi les parlementaires en France soit bien plus élevé que celui des anciens *civil servants* britanniques, même s'il ne faut pas oublier que beaucoup de postes dans le secteur public en Grande-Bretagne ne sont pas dans le *civil service*.

VII – Fonctionnaires et conflits d'intérêts

Les activités des fonctionnaires peuvent les amener à des conflits d'intérêts en matière financière. Nous avons déjà vu que le *Civil Service Management Code* pose le principe selon lequel les *civil servants* ne doivent pas tirer bénéfice de leur poste à des fins privées. Il existe également des règles précises sur les circonstances dans lesquelles des *civil servants* peuvent accepter un cadeau d'un tiers. Le principe de base est qu'un fonctionnaire ne peut pas accepter un cadeau si son jugement ou son obligation de probité⁵⁷ risquent d'être compromis. De plus, le droit pénal peut s'appliquer aux actes de corruption, notamment par le *Prevention of Corruption Act 1906* et *Prevention of Corruption Act 1916*.

Des conflits d'intérêts peuvent du reste surgir en dehors des intérêts financiers. De façon générale, il est noté dans le *Civil Service Management Code* qu'un conflit peut survenir là où des individus partagent les intérêts privés du fonctionnaire. Le Code cite l'exemple des francs-maçons. Dans ce cas, les *civil*

54 - « Discretion to reinstate should normally be exercised only where it is possible to post staff, at least initially, to non-sensitive areas ». Section 4.4.7. Mais une circulaire du *Cabinet Office* est moins stricte : « Departments are encouraged to consider all applications sympathetically and on their merit ». (2001 *General Election Guidance* (Cabinet Office, May 2001).

55 - Voir J. Ziller, ouvrage précité, § 775.

56 - *Civil Service Management Code* section 4.4.8.

57 - *Civil Service Management Code* section 4.1.3.



servants doivent déclarer leur intérêt au *senior management* lequel décide quelle approche il faut adopter⁵⁸.

Le recrutement des fonctionnaires dans le secteur privé est une autre question d'actualité concernant les conflits d'intérêts potentiels. Des règles ont été établies afin d'éviter que des organisations dans le secteur privé puissent tirer un avantage injuste de contacts, connaissances ou informations d'un ancien fonctionnaire⁵⁹. Ces règles sont également destinées à éviter que l'on soupçonne des décisions de fonctionnaires actuels d'être influencées par la perspective attrayante d'un emploi ultérieur dans le secteur privé.

Selon les règles, jusqu'à deux ans suivant le départ d'un fonctionnaire, la personne concernée doit demander la permission avant d'être nommée dans un nouveau poste, permission émise par ses actuels (ou anciens) supérieurs hiérarchiques, normalement le ministre concerné. Ce dernier a le choix d'une série de réponses à de telles demandes : les demandes peuvent être acceptées, soumises à certaines conditions, telles que par exemple l'obligation d'attendre une certaine période avant de pouvoir briguer le poste en question, ou même rejetées avec interdiction totale d'accepter l'emploi. Le *Civil Service Management Code* donne toute une liste de considérations dont la personne concernée doit tenir compte en prenant une telle décision⁶⁰. Afin d'assurer le bon fonctionnement de ce système, il existe un *Advisory Committee on Business Appointments*, qui a un rôle de conseil sur chaque cas concernant les hauts fonctionnaires, ainsi qu'un certain nombre de cas pour des fonctionnaires d'un niveau inférieur.

VIII – Le fonctionnaire anonyme

L'une des autres conséquences de l'obligation de réserve des fonctionnaires est le fait que les fonctionnaires restent généralement anonymes⁶¹. Leurs conseils au gouvernement restent confidentiels. Les fonctionnaires ne participent pas aux controverses concernant une politique choisie par le gouvernement. Ce principe permet ainsi d'assurer la neutralité et la continuité de l'administration, malgré les changements de partis de gouvernement.

L'anonymat veut que les ministres ne peuvent généralement pas faire porter la responsabilité d'un dysfonctionnement de leur ministère aux fonctionnaires. Le principe, rappelé ci-dessus, du « *ministerial responsibility* » implique dans sa formulation classique que le ministre engage sa responsabilité politique devant le parlement pour les activités des fonctionnaires qui dépendent de son ministère⁶².

58 - *Civil Service Management Code* section 4.1.3.

59 - *Civil Service Management Code* section 4.3.

60 - *Civil Service Management Code* section 4.4.

61 - Même si ce principe connaît des exceptions, par exemple lorsqu'une enquête publique est instituée.

62 - Voir l'explication ministérielle de Sir D. Maxwell-Fyfe 530 HC Deb. Col 1286 (20 July 1954) (*Hansard*). Mais ce principe a beaucoup changé ces dernières années : voir H. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th edn, Oxford, 2000).

Conclusion

Jadis, la fonction publique britannique possédait plusieurs caractéristiques : la neutralité, l'unification, l'anonymat et la permanence. Certains de ces principes ont été mis en question lors de développements récents.

L'unité traditionnelle a été modifiée par les réformes successives, notamment par la création des « *Next Steps Agencies* ». Les conceptions traditionnelles des ressources, l'organisation et la gestion du personnel de la fonction publique ont été bouleversées. La neutralité des hauts fonctionnaires a été confrontée à des nouvelles techniques de gouvernement. Les conseillers ministériels (« *special advisers* »), nommés personnellement par les ministres, se sont multipliés sous le gouvernement Blair.

La permanence de la fonction publique britannique a été remplacée par une nouvelle considération, celle de la nécessité d'une flexibilité à l'égard du statut de ceux qui travaillent dans l'intérêt public, un phénomène qui est d'ailleurs partagé par l'ensemble des pays européens ⁶³.

Finalement, la fonction publique a dû s'adapter à des nouvelles données constitutionnelles, en particulier la décentralisation des pouvoirs au Royaume-Uni avec la création des assemblées à Édimbourg, Cardiff et Belfast. De même, le contexte européen de gouvernance a nécessité des modifications profondes de la fonction publique, en sus des *civil servants* du *Foreign Office* ⁶⁴.

63 - A. Claisse et M.-C. Meininger (rédacteurs), *Fonctions publiques en Europe*, Montchrestien, 1994, § 20 et seq.

64 - Voir J. Greenwood, R. Pyper, D. Wilson, *New Public Administration in Britain*, 2002, chapitre 10.



Fonction publique et fonction politique

*Guy Carcassonne,
professeur de droit public
à l'université de Paris X – Nanterre*

Il existe une différence fondamentale entre un fonctionnaire et un politique : le fonctionnaire, en principe, est assujéti à une obligation de mobilité.

Tel député aura exercé son métier d'origine durant quelques brèves années, puis, par la grâce confirmée du suffrage universel, l'intégralité de sa vie active se sera déroulée à l'Assemblée nationale jusqu'à ce que, l'âge de la retraite venu ou largement dépassé, il aille jouir de celle-ci au Sénat.

La boutade n'est pas une caricature puisque cette situation existe effectivement¹. Elle est illustrative puisqu'un élu peut trouver dans la même assemblée, locale ou nationale, et dans le même mandat² une longévité qu'un fonctionnaire peut à la rigueur trouver dans la même administration, mais assurément pas dans les mêmes grade et emploi.

Plus sérieusement, que fonction publique et fonction politique obéissent à des règles et des logiques distinctes est assez évident pour qu'il soit inutile de commencer par là. Au contraire, l'accent mérite d'être porté en priorité là où il est rarement mis : sur ce qui fait qu'elles ont une essence commune, celle qu'a exprimée, dès 1789, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme, lorsqu'il a traité dans un seul mouvement « *toutes dignités, places et emplois publics* » pour les soumettre ensemble au principe d'égalité d'accès.

Une même vocation. Élus et fonctionnaires occupent les espaces différents d'une même sphère, publique, que caractérise une égale soumission de prin-

1 - Par exemple, tel homme politique, sociologue à l'origine, fut élu député pour la première fois en 1958, le demeura, de façon interrompue seulement par des fonctions gouvernementales, de 28 à 57 ans, âge auquel il devint le sénateur qu'il est toujours à 82 ans, après, donc, 44 ans de mandat parlementaire. Toutefois, il fut aussi conseiller de Paris, ce qui lui donna l'occasion de traverser la Seine pour se rendre à l'Hôtel de ville, faute de quoi il eût pu ne jamais sortir de la rive gauche où siègent les assemblées et où il était élu.

2 - Nombreux, parmi ceux que les publicistes britanniques appelleraient des *back benchers*, sont ceux qui, ne nourrissant pas d'ambitions gouvernementales, ou y ayant renoncé, sont les députés qui ne briguent ou n'acceptent aucune fonction particulière, et se contentent d'exercer leur mandat dans les conditions qui leur conviennent le mieux, ce qui peut être indifféremment un signe de sagesse ou de médiocrité.



cipe à l'intérêt général. Tous ceux qui pénètrent dans celle-là font le choix identique de se consacrer à celui-ci.

Une grande variété de motivations peut les y conduire, des plus élevées aux plus prosaïques, de celles où le service public est un idéal à celles où le confort individuel est le moteur unique. Mais il reste que, dans toutes les situations, la qualité d'agent public oblige, moyennant quoi la référence à l'intérêt général est une nécessité partagée, à laquelle ne peuvent pas se soustraire même ceux pour lesquels elle ne serait qu'un alibi insincère et qui, au moins extérieurement, subissent ainsi la contamination de la vertu.

La manière dont, ensuite, chacun poursuivra cette même finalité dépendra naturellement de la fonction occupée, selon qu'elle est politique ou non et, si elle ne l'est pas, du niveau hiérarchique auquel elle s'exerce ou des caractéristiques propres à l'emploi (pour les enseignants notamment). Mais il restera que, chacun dans son rôle, l'élu et le fonctionnaire conserveront, au moins théoriquement, la même boussole, celle qui doit imperturbablement les orienter vers l'intérêt public.

Une même situation statutaire. Les statuts sont très différents, mais ils se rejoignent dans leur existence même, qui les distingue des contrats de travail. Ici, nulle subjectivité en droit dans les relations entre les agents publics, qu'ils soient élus ou nommés, et ceux au profit desquels ils sont chargés d'œuvrer. Pour la fonction politique comme pour la fonction publique, des voies d'accès sont tracées et ceux qui en ont suivi le parcours accèdent de ce fait à un statut préalablement établi³ en dehors d'eux⁴. Leur volonté s'exerce sur le choix de briguer ce statut mais pas sur son contenu.

Dans la théorie du mandat représentatif, l'élection s'analyse comme un « acte-condition »⁵ : si la condition est remplie – l'élection obtenue selon les modalités prévues par la loi – l'acte s'accomplit – l'entrée dans un statut comportant des droits et des obligations déterminés. Ceci, qui vaut autant pour le chef de l'État que pour le plus modeste des conseillers municipaux, n'est donc qu'une forme parmi d'autres de nomination. L'actuel Président de la République fut nommé à la Cour des comptes parce qu'il avait, au terme d'un concours, obtenu les résultats qui le qualifiaient pour siéger rue Cambon, tout comme, plus tard, il fut nommé à sa fonction actuelle parce qu'il avait, au terme d'une élection, obtenu les résultats qui le qualifiaient pour résider dans la rue perpendiculaire. S'il pouvait être reconnaissant aux membres du jury d'abord, aux électeurs ensuite, ni les uns ni les autres, une fois qu'ils l'avaient investi, n'avaient plus sur lui le moindre droit subjectif, le statut particulier auquel il avait accédé dans les deux cas régissant seul l'exercice de la fonction en cause.

3 - Un statut parfois constitutionnel, organique et légal (pour les parlementaires), organique et réglementaire (pour les magistrats), légal et réglementaire (pour pratiquement tous les autres).

4 - Il est vrai que les salariés de droit privé, souvent, ne disposent pas non plus de la possibilité réelle de négocier les termes de leur contrat de travail, mais il demeure également vrai que cette possibilité existe effectivement pour l'essentiel de l'encadrement et la quasi-totalité des dirigeants des entreprises privées, alors qu'elle est radicalement inexistante pour leurs équivalents publics.

5 - Voir Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, 2^e éd., Montchrestien, 1996, p. 28.

La différence n'est toutefois pas mince qui fait que la nomination issue d'un concours est à durée indéterminée cependant que celle obtenue par l'élection doit être renouvelée périodiquement, parfois péniblement, parfois sans succès. Encore faut-il que cette différence soit effective, et l'on aura l'occasion de voir que c'est souvent loin d'être le cas.

À s'en tenir à ces deux premiers éléments, vocation et situation statutaire, il apparaît déjà que la césure entre fonction publique et fonction politique n'est ni entière ni nécessairement profonde. Une littérature dense a déjà été consacrée à l'interpénétration des deux mondes, politique et administratif⁶, en France et à l'étranger⁷, qui analyse et souligne leurs influences réciproques, et met en lumière les vecteurs qu'elles empruntent. Il ne peut être dans les moyens d'un seul auteur ni, partant, dans son propos de retracer l'ensemble de ces travaux scientifiques ou, moins encore, de les enrichir.

Il n'est pas impossible en revanche, ni peut-être inintéressant, de creuser dans le cadre de cette contribution la piste qui conduit non à mettre l'accent sur les différences et leurs sources, non plus à évaluer les interférences et leur légitimité, mais à prendre le parti de relever ce qui paraît, chaque jour davantage, assimiler purement et simplement les deux fonctions, publique et politique.

Il ne s'agira pas de nier ou de sous-estimer ce qui continue, et continuera sans doute toujours, à les distinguer, mais plutôt d'observer les zones assez nombreuses sur lesquelles les deux fonctions se superposent presque exactement, au point que l'on puisse avancer, comme une hypothèse soumise à vérification et à débat, que souvent le politique est un fonctionnaire comme les autres (I) cependant que le fonctionnaire est un politique comme les autres (II), ou au moins presque, dans l'un et l'autre cas.

I – Le politique, un fonctionnaire (presque) comme les autres

Le statut de l'élu est un thème récurrent du discours politique. Droite et gauche alternent et convergent à demander sa création. Le même élan les y pousse, fait de pulsions sociales autant que politiques, et le même obstacle les arrête invariablement, tenant au coût budgétaire qui s'ensuivrait probablement. Si justes et convaincants que pourraient paraître les arguments en sa faveur, la crainte qu'ils soient reçus avec la même circonspection que tout plaidoyer *pro domo* est encore avivée par l'impopularité persistante du monde politique auprès des Français, qui leur feront toujours trouver d'autres sacrifices budgétaires plus justifiés ou plus urgents que ceux-ci. Mais quel que soit le devenir

6 - Parmi les nombreux ouvrages consacrés au sujet, une mention particulière doit être faite concernant le n° 86 (avril-juin 1998) de la *Revue française d'administration publique*, intitulé « Les fonctionnaires et la politique dans les pays de l'Union européenne », coordonné par Luc Rouban.

7 - Danielle Bossaert et alr., *La fonction publique dans l'Europe des quinze : nouvelles tendances et évolutions*, EIPA, 2001 ; Jean-Michel Eymeri, *Pouvoir politique et haute administration : une comparaison européenne*, IEAP, 2001.



de l'idée, sa seule évocation, par-delà les clivages habituels, est déjà éclairante à un double titre.

Premièrement, lorsque les élus rencontrent des difficultés pour accomplir la mission, ou pour attirer à elle des candidats aux origines professionnelles plus diversifiées qu'aujourd'hui, c'est vers un statut qu'ils se tournent spontanément. Le modèle de la fonction publique s'impose de lui-même à la fonction politique. Plutôt que de chanter la vertu civique des mandats politiques, la grandeur du dévouement, voire les satisfactions égotistes qu'il peut procurer, la revendication met en avant le besoin de sécurité, prenant prétexte d'une soif de reconnaissance qui serait indexée sur une situation matérielle et mesurée en points de retraite. Le plus amusant est que tiennent toute leur place dans ce *lamento* régulier des libéraux qui, par ailleurs, ne sont pas les moins féroces à dénoncer ce qu'ils considèrent comme les coûteux privilèges des agents publics.

Deuxièmement, il en va du statut de l'élu comme de celui de l'opposition : on persiste à le réclamer sans s'aviser de ce que beaucoup des éléments légitimes qui devraient y figurer sont déjà très largement acquis. Si elle recevait mission de l'établir, la commission de codification ne serait pas en peine, rassemblant les éléments épars et disparates qui existent çà et là, d'élaborer un code de la fonction élective qui ne serait pas si mince. C'est si vrai, de surcroît, qu'il n'y aurait pas lieu à beaucoup d'efforts de créativité pour transposer la structure même du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales dans un statut de l'élu⁸ dont on découvrirait alors, même à droit constant, qu'il est déjà nourri.

C'est, au demeurant, sur quelques-unes des rubriques statutaires que l'on peut s'appuyer pour établir la démonstration. Si la fonction politique s'aligne sur la fonction publique, c'est dans le domaine des carrières (A) et des devoirs (B) que cet alignement est le plus perceptible.

A – Les carrières

La chronique parlementaire connaît ces députés itinérants, dont elle rappelle la geste avec ironie ou envie ou les deux à la fois, qui ont plusieurs fois migré d'un département à un autre, les plus chanceux ou talentueux parvenant à se faire élire dans tous⁹. Parfois le même phénomène, plus rare encore, vaut pour des municipalités, voisines comme pour tel maire qui passa de la périphérie de l'agglomération (Saint-Herblain) à son cœur (Nantes), ou plus éloignées comme pour tel autre qui glissa de Lourdes à Toulouse.

8 - À l'exception de ceux relatifs aux organismes consultatifs (dont le rôle, au demeurant, est souvent tenu par les formations politiques), la majeure partie des autres chapitres (droits et obligations ; structure des carrières ; positions ; notation, avancement, mutation, reclassement ; rémunérations ; discipline ; cessation définitive de fonctions) pourraient d'ores et déjà incorporer plus que des bribes.

9 - Tel élu, aujourd'hui membre du Conseil constitutionnel, montagnard dans l'âme resta fidèle aux hauteurs et commença par les Hauts-de-Seine avant de s'élever en Haute-Savoie ; un éminent professeur de droit international, fut élu à Paris puis dans le Loir-et-Cher, avant de séduire le Pas-de-Calais.

Mais il s'agit d'exceptions quand tous les autres ne sont candidats qu'en un seul lieu, des années voire des décennies durant, avec des fortunes parfois variables mais souvent une constance jamais démentie.

Si tous les élus de la même catégorie sont en principe soumis au même régime, il faut pourtant être aveugle pour ne pas remarquer combien ils sont dans des situations profondément différentes. Formellement disputées, parce que la démocratie l'exige évidemment, les élections ne le sont pas toujours réellement, et la lucidité oblige à prendre acte.

Pour s'en tenir à la seule Assemblée nationale, la dixième législature s'est ouverte, en 1993, sur la déroute la plus cinglante que la gauche ait connue dans l'histoire. Partis 275, les socialistes et apparentés ne sont revenus que 57. Mais de ce constat l'on peut tirer la conclusion que ceux qui ont résisté à la débâcle ont peut-être retiré ainsi les dividendes de leur travail et de leur savoir-faire mais, plus sûrement, ont démontré qu'ils étaient les élus de forteresses décidément inexpugnables. Lorsque les eaux de la gauche sont à ce point basses qu'elles sont au bord du tarissement, il lui reste au moins ces quelques dizaines de circonscriptions et elles lui resteront sans doute toujours.

Faute qu'elle ait jamais subi une défaite de pareille ampleur, on ne connaît pas avec certitude l'étiage de la droite ¹⁰, mais on peut raisonnablement l'évaluer à plus d'une centaine de sièges, ceux que la gauche n'est jamais parvenue à conquérir et n'y parviendra probablement jamais.

Ainsi, pour près d'un tiers des députés, droite et gauche confondues, l'élection est pratiquement acquise en même temps que la candidature, laquelle, sauf accident, est ensuite renouvelée aussi longtemps que le député le souhaite lui-même. Bien sûr, quelques péripéties se produisent, lorsqu'il faut faire face à une concurrence surgie au sein du même parti. Il arrive même qu'on y succombe, mais la chose est si rare qu'elle n'est qu'anecdotique ¹¹ et, le cas échéant, une nomination au tour extérieur pourra mettre du baume sur les plaies de ceux que les urnes ont déçus ou recalés ¹².

Ce qui vaut pour la députation ne vaut pas moins, voire davantage, pour des mandats de maire ou de conseiller général, encore que dans ceux-ci, et contrairement aux élections législatives, la longévité s'explique souvent autant par le coefficient personnel que par l'étiquette politique.

Parmi ceux des élus dont l'élection est véritablement disputée, il y aurait encore lieu à des sous-distinctions puisque, si nul n'est à l'abri d'un accident, il faut que celui-ci soit spécialement violent pour priver de leur siège des députés qu'une alternance ordinaire est insuffisante à menacer. Ceux-ci, défaits un instant, ont tout lieu de croire qu'ils reviendront dès l'échéance

10 - Même en 1981, lorsque le PS eut la majorité à lui tout seul, RPR et UDF n'avaient perdu que 127 sièges et en avaient conservé 150.

11 - Et l'on sait que les victimes de cette douloureuse hypothèse auront, pour les consoler en partie, la jouissance d'un régime de retraite très favorable – autre trait commun avec la fonction publique – qui s'ajoute à celle à laquelle leur activité passée a pu leur donner droit. Si, de plus, ils ont consenti un effort de cotisation particulier pendant leur mandat, certains pourront même, après seulement cinq ans passés au Palais Bourbon, bénéficier d'une rente acquise à vie.

12 - D'ordinaire, il profitait plutôt à d'anciens collaborateurs jugés méritants.



suiuante, et leur seul souci est de trouver l'occupation intérimaire qui leur permettra de l'attendre et de la préparer.

Comment imaginer, alors, que ces données puissent être sans effets sur le comportement de ceux dont la carrière élective est, sauf grosse bêtise de leur part, rectiligne et sans risque ?

Ainsi, où tous les éléments sont disponibles pour chiffrer le nombre de parlementaires issus de la fonction publique ¹³, aucune étude, semble-t-il, ne tente de chiffrer le nombre de ceux auxquels la carrière parlementaire, éventuellement entrecoupée d'intermèdes ministériels, donne une longévité égale ou supérieure ¹⁴ à celle des fonctionnaires, que tous n'étaient pas à l'origine. Au hasard du « trombinoscope » de l'Assemblée nationale, l'on trouve tel universitaire, député à 33 ans en 1967 et toujours député à 68 ans en 2002, tel cadre d'entreprise privée et tel ingénieur, élus pour la première fois à 34 ans en 1973 et qui n'ont plus quitté le Palais Bourbon, tel dessinateur industriel, député à 33 ans, toujours député à 57 ans et promis à l'être longtemps encore, tel professeur d'allemand, maire à 33 ans, député à 36 et continûment député-maire depuis ¹⁵. Si l'on tourne les yeux vers le Sénat, la permanence est plus frappante encore, d'autant que le nombre est significatif de ceux qui, ayant  puis  l'attrait des joutes du Palais Bourbon, vont chercher au Palais du Luxembourg la placidité relative à laquelle l'âge les a fait aspirer.

Les cas les plus visibles, les plus facilement identifiables, sont ceux des parlementaires. Mais que dire de ces conseillers municipaux et généraux ¹⁶, voire des maires qui exercent des mandats continus pendant des durées impressionnantes. Le plus curieux est que cette longévité n'est nullement liée au mode de scrutin. S'il est vrai, en effet, qu'un scrutin de liste, pour la totalité des conseillers municipaux et l'essentiel des sénateurs, suffit à garantir l'élection de ceux qui figurent assez haut parmi les candidats, il est non moins vrai que des conseillers généraux, issus d'un vote uninominal, ainsi que bien des maires, désignés dans une logique majoritaire, paraissent pouvoir être indéfiniment r elus, au point, pour certains d'entre eux, de n'avoir plus d'autre activité perceptible (si ce n'est, pour certains, de préparer la transmission héréditaire du fief).

13 - Pour une étude très précise portant sur la 11  législation, voir Institut Montaigne, *Comment améliorer le travail parlementaire*, octobre 2002, p. 22 et suiv.

14 - L'actuel Président du principal groupe parlementaire à l'Assemblée nationale a été élu député pour la première fois à trente ans, en 1967, au point que sa notice biographique sur le site Internet de l'Assemblée ne fait plus apparaître de profession d'origine.

15 - La France n'a d'ailleurs pas le monopole de cette longévité. Au Parlement européen, depuis que celui-ci est élu au suffrage universel (1979), d'assez nombreux députés ont siégé sans discontinuer, aussi bien allemands, belges, danois ou irlandais. Chez les Britanniques, seuls deux députés, d'Ulster l'un et l'autre, sont dans la même situation. Aucun Néerlandais ni, plus étonnamment, aucun Italien n'a accompli ces cinq mandats. Parmi les Français, un seul est présent à Strasbourg et Bruxelles sans interruption depuis vingt-sept ans.

16 - Les conseils régionaux sont trop jeunes encore, dix-sept ans, pour permettre une longévité comparable à celle des autres assemblées délibérantes, mais ils offrent déjà des cas nombreux de membres qui le sont depuis que la fonction existe et sont souvent vou s à la demeurer longtemps encore.

À cette lumière, la professionnalisation des politiques est spectaculaire. Comme elle s'inscrit dans la sphère publique, bien différente dans son droit, ses pratiques, ses usages, du régime auquel sont soumis les salariés de droit privé et les professions libérales, cette professionnalisation est rapidement synonyme de fonctionnarisation. Ceux qui n'en bénéficient pas, parce qu'incertains du succès renouvelé, aspirent à le faire, et beaucoup cherchent dans le cumul une protection contre les aléas du suffrage : le député-maire, non seulement pense avoir plus de chance à chaque élection grâce à son double mandat, mais encore escompte que la conservation de l'un, en cas de perte de l'autre, lui permettra de survivre tout en préparant sa revanche.

Il serait faux de croire que ce phénomène soit nouveau. Les Républiques antérieures aussi connaissaient des carrières politiques continues et, par exemple, le patient eût peut-être été imprudent qui eût confié sa santé au bon docteur Queuille, dont l'expérience, après quelques années, s'était nourrie de la fréquentation des ministères parisiens bien davantage que de celle des dispensaires corréziens.

La nouveauté, s'il en est une, tient donc moins à cette professionnalisation, encore qu'elle paraisse se généraliser, qu'à l'assujettissement des élus, V^e République aidant, à des devoirs qui achèvent de les rapprocher de la fonction publique.

B – Les devoirs

Ceux des élus sont a priori moins exigeants que ceux des fonctionnaires. L'image d'un hémicycle à peu près désert suffit à rappeler que la règle du service fait n'importune guère les députés ou sénateurs et que tous les efforts entrepris, et périodiquement relancés, pour lier leur indemnité, peu ou prou, à leur participation effective aux travaux parlementaires ont été vains jusqu'à présent.

À y regarder d'un peu plus près, pourtant, l'on découvre que pèsent sur les élus des contraintes qui ne sont pas toujours moins lourdes que celles habituellement identifiées à la fonction publique.

La soumission à l'autorité hiérarchique, en premier lieu, n'est pas une illusion. Sous la V^e République, la logique majoritaire, ainsi d'ailleurs que la cohésion de l'opposition qui en est le corollaire, a fait constamment progresser la discipline de vote. Le franc tireur est rare, le franc tireur récidiviste inexistant.

Théoriquement, cette discipline se distingue par essence de celle qui s'impose aux fonctionnaires puisque ce sont les élus eux-mêmes, dans leurs réunions de groupe, qui délibèrent puis adoptent la position à laquelle, ensuite, tous devront se rallier¹⁷. Pratiquement, la volonté gouvernementale, au besoin renforcée par l'appel révérencieux à l'autorité présidentielle, s'impose sur l'essentiel à l'égard de la majorité¹⁸, tandis que, pour l'opposition, la ligne est sinon dictée du moins largement influencée par la direction du parti à son

17 - Voir Marc Abélès, *Un ethnologue à l'Assemblée*, Éditions Odile Jacob, 2000, p. 90 et suiv.

18 - Voir Jean-Michel Belorgey, *Le Parlement à refaire*, Gallimard, 1991, p. 15 et suiv.



groupe parlementaire. La marge d'initiative et d'appréciation abandonnée aux élus s'en trouve restreinte au point de ne porter, la plupart du temps, que sur des aspects secondaires.

Bien sûr, quelques fortes têtes se singularisent parfois, qui refusent les diktats d'où qu'ils viennent. Mais elles sont justement assez rares pour que chacun au Parlement les connaisse et mette leur indépendance sur le compte d'un tempérament d'exception ou d'une situation spécialement favorisée, tant il semble naturel qu'il faille au moins cela pour se permettre de refuser la norme. De plus, même ceux, rares, qui se comportent ainsi, veillent à le faire rarement : on ne tolère leur dissidence que sporadique et à condition qu'elle ne risque pas de devenir entraînant.

Ici encore, le phénomène est ancien, mais la discipline a changé de sens et de portée avec la diminution sensible du nombre de groupes. Sous la IV^e République et auparavant, déjà, chacun votait comme ses amis, mais plusieurs des groupes de l'époque ne comptaient que peu de membres. Il s'agissait de francs tireurs chassant en bande plus que de formations structurées comme on les connaît aujourd'hui.

Désormais, le renforcement de l'emprise sur les députés a même tant progressé qu'il est devenu la règle aussi sur la droite de l'échiquier politique, qui y était traditionnellement plus rétive. À en juger par les premiers témoignages, le plus grand groupe parlementaire de l'histoire, celui de l'UMP, exercerait même une police des initiatives très rigoureuse, dont ses membres commencent à dénoncer la sévérité¹⁹.

Ainsi, les responsables des groupes parlementaires, qu'ils soient de la majorité ou de l'opposition, exercent sur leurs collègues une autorité plus ou moins ferme, plus ou moins systématique, plus ou moins enrobée, mais toujours réelle et effective. En ceci, d'ailleurs, ils ne se distinguent pas de leurs homologues étrangers, chez lesquels, au moins en Europe, la discipline est souvent plus contraignante encore qu'en France²⁰.

De nouveau, le devoir d'obéissance ne se limite pas au champ de la politique nationale. Il est la règle dans toutes les enceintes politiques où le leader de chaque formation est en mesure, après ou sans discussion préalable, d'imposer à chacun l'attitude qu'il devra adopter pour chacune des questions sur lesquelles il lui faut opiner. Le maire dirige sa majorité bien plus qu'il n'en est le porte-parole et, s'il y a lieu, le retrait d'une délégation viendra vite sanctionner les velléités d'indépendance ou, pire, d'insubordination.

Cette soumission à l'autorité hiérarchique de fait se double, en second lieu, de l'existence d'une véritable obligation de réserve²¹. Malheur à celui dont les positions détonneront avec celles de sa formation ! La constance de l'appel au débat n'a d'égalé que la sévérité avec laquelle est jugé celui qui n'est pas poli-

19 - Voir « La peur du chahut », *Le Point*, n° 1568, 4 octobre 2002, p. 40.

20 - Voir Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18^e éd., Montchrestien, 2002, p. 209.

21 - Celle-ci, pour les fonctionnaires, s'applique à leur liberté d'expression en dehors du service. Pour les élus aussi, en quelque sorte, puisqu'elle vient compléter, en dehors de l'assemblée délibérante, ce qui a déjà été imposé à l'intérieur de celle-ci par la discipline de vote.

tiquement correct, selon les normes en vigueur parmi ses amis. Ces dernières peuvent évoluer, mais il est dangereux d'être en avance sur le cours du temps. Droitiers ou réactionnaires étaient les moindres des épithètes dont étaient affublés à gauche, voici quelques années, ceux qui voyaient dans la délinquance une question vraie et dans la répression une réponse nécessaire, même si seulement partielle. Plus récemment, ceux qui, à droite, accueillaienent le PACS sans une indignation assez bruyante provoquaient celle de leurs collègues. À gauche, le réalisme est apparenté au cynisme ou au renoncement, à droite, l'évolution des mœurs est suspecte par essence et nul, à droite comme à gauche, ne saurait sans danger prendre sur lui de trouver des mérites à l'action ou la déclaration d'un adversaire.

Que le trait soit ici (un peu) forcé, on l'admettra sans disputer, mais la prégnance des tabous rend seule compte de l'inlassable et pourtant lassante répétition des discours les plus convenus, par lesquels les politiques font écho aux sportifs : quand le footballeur dit « nous ne lâcherons rien » le politique répond « notre volonté est entière » puis l'un comme l'autre concluent après l'épreuve « cette victoire, c'est avant tout celle d'une équipe, qui a su se montrer solidaire ». Peu importe que des empoignades aient pu agiter les couloirs des assemblées comme les vestiaires des stades, seul importe que le langage soit aussi uniforme que le sont les maillots.

Chaque camp a ses trublions, qu'il ne supporte que s'il ne peut faire autrement. Le propos décalé est jugé inconvenant, l'initiative intempestive est reçue avec embarras ²².

Se gausser est une chose, réprouber en est une autre. Le respect d'une obligation de réserve tout comme la soumission à un devoir hiérarchique peuvent être agaçants dans leurs manifestations, ou consternants dans leurs excès. Mais on ne doit pas oublier que le temps n'est plus, si tant est qu'il ait jamais existé ²³, où les élus étaient désignés, au vu des qualités personnelles qu'on leur prêtait, pour exercer leur mandat en toute liberté, en toute indépendance, pour le meilleur profit supposé de l'intérêt général. L'encadrement partisan offre au suffrage universel le minimum de lisibilité et de sécurité qui lui est indispensable. Le conformisme consécutif n'est que le prix payé, somme toute modeste (il n'est pas acquis que les élus flamboieraient d'originalité s'ils étaient moins contraints), en contrepartie de cette clarification démocratique.

De ce fait, l'accent mis ici sur cette évolution, si elle est exacte, vise seulement à la mettre en lumière, pour éviter des équivoques et pour s'abstenir de prendre trop au sérieux l'invocation du courage et de l'abnégation nécessaires à une carrière électorale. Il ne s'agit que de prendre acte de cette situation, nullement de la combattre et de rechercher des moyens à cette fin, car la professionnalisation n'est ni nouvelle, ni française, ni honteuse. Il est donc suffisant d'en avoir conscience et de n'être pas dupe.

22 - Voir Pierre Avril, Jean Gicquel, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 98, p. 193.

23 - Voir Pierre Avril, « La médiation personnelle », *Le régime représentatif est-il démocratique ?*, *Pouvoirs*, 1978, n° 7, p. 24-31.



La conjugaison entre une carrière de plus en plus professionnalisée et des comportements de plus en plus standardisés rapprochant à ce point la fonction politique des canons ordinaires de la fonction publique qu'il n'est pas abusif d'y voir une fonctionnarisation de la politique, il reste alors à rechercher si elle trouve son pendant dans une politisation de la fonction publique.

II – Les fonctionnaires, des politiques (presque) comme les autres

Le thème est rebattu. Des études précises décryptent les préférences politiques des fonctionnaires, mettent en lumière les canaux de leur implication, leurs effets sur les nominations et les conséquences de tout cela sur la gestion publique²⁴. Aussi bien le propos, de nouveau, n'est-il pas de refaire la même chose en moins bien, mais plutôt de centrer l'attention sur deux aspects seulement.

Le premier, classique, conduit à revenir sur le fait qu'un fonctionnaire politisé a plus de chances qu'un autre d'accéder à des responsabilités. Le deuxième porte sur les mouvements de va-et-vient qui animent les deux fonctions, politique et publique, et qui montrent qu'un fonctionnaire a plus de chances qu'un autre d'accéder à un mandat électif, la fonctionnarisation des élections venant ainsi compléter la politisation des nominations.

Le mouvement peut ainsi être vertical, lorsque l'on s'élève (quitte à redescendre ensuite) dans la hiérarchie de la fonction publique, ou horizontal, lorsque l'on passe de la fonction publique (quitte à revenir ensuite) à la fonction politique, et il n'appelle ni la même critique ni les mêmes remèdes.

A – Verticalité

C'est toujours avec curiosité, parfois avec appréhension, que les hautes sphères de la fonction publique guettent, dans le compte rendu hebdomadaire du Conseil des ministres, les mesures d'ordre individuel sur lesquelles il s'achève traditionnellement²⁵. Chaque mercredi ou presque²⁶ apporte son flux, plus ou moins dense, de nominations.

L'on sait que, par l'effet conjugué des textes découlant de l'article 13 de la

24 - Luc Rouban, « La politisation des fonctionnaires en France : obstacle ou nécessité ? », *RFAP*, précité, p. 167-182, où l'on trouvera également les références bibliographiques les plus pertinentes.

25 - Quoi qu'illogiquement, puisque l'on sait qu'elles sont supposées figurer en partie B dans l'ordre du jour, donc avant les communications en partie C.

26 - Sur les trente conseils qu'ont tenus en 2002 les gouvernements de M. Raffarin, un seul, celui du 5 juin, n'a pris aucune mesure d'ordre individuel.

Constitution²⁷, la liste est longue, quoi que sensiblement raccourcie par suite des privatisations, qui inventorie les emplois pourvus en Conseil des ministres, sous la signature du Président de la République. Surtout, la pratique de l'alternance, éventuellement épiciée de cohabitation, en a fait un enjeu sensible.

La dénonciation de la chasse aux sorcières figure désormais parmi les marronniers de la vie démocratique, sauf que celui-ci ne refléurit qu'après des élections législatives et non pas tous les ans.

Prenant comme critère le nombre des changements de directeurs dans les trois mois suivant la formation d'un nouveau gouvernement, Luc Rouban avait observé que « *l'alternance de 1986 est la plus brutale, entraînant le départ de 21 directeurs* » contre 11 seulement en 1988, 14 en 1993, 17 en 1995 et seulement 4 en 1997²⁸. En 2002, 20 directeurs sont nommés dans la même durée²⁹, ce qui pourrait accréditer la thèse d'une rotation aussi soutenue qu'en 1986.

Pourtant, les chiffres n'offrent qu'un indice insuffisant. D'abord, comme l'observe le même auteur, l'appréciation change grandement si, au lieu de privilégier les trois premiers mois l'on étend la statistique aux deux premières années³⁰. Ensuite, surtout, le comptage dissimule des données plus nuancées et souvent plus instructives. Ainsi les deux dernières alternances ont-elles commencé à montrer des politiques variables au sein d'un même gouvernement. Où, dans le passé, les ministres adoptaient tous à peu près la même attitude, il semble que ce ne soit plus le cas, que certains conservent beaucoup plus volontiers que d'autres les hauts fonctionnaires choisis par leur prédécesseur, ou font plus que d'autres la preuve de leur bénévolence dans la manière dont ils réaffectent ceux dont ils décident de se séparer. C'est ainsi qu'apparue en 2002 une pratique d'échange standard tout à fait innovante, par lequel l'ancien récupère la fonction jusqu'alors occupée par le nouveau³¹. Encore faut-il souligner que ce système n'a profité à ce jour qu'à des membres de cabinets et non aux fonctionnaires placés sous leur autorité.

27 - Ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958, modifiée, portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires et nombreux décrets pris en application du troisième alinéa de son article 1^{er} qui vise les « *emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales quand leur importance justifie inscription sur une liste dressée par décret en conseil des ministres* ».

28 - *Op. cit.*, p. 179.

29 - Dont un l'était déjà, passant de la direction des Affaires juridiques du ministère de la Défense à la direction des Affaires civiles et du Sceau au ministère de la Justice.

30 - *Ibid.* Au demeurant, ce critère devra s'imposer dans l'avenir. En 1986 comme en 1993, le gouvernement savait ne disposer que de deux ans avant l'échéance décisive suivante. En 1981, en 1988, ainsi qu'en 2002 et, vraisemblablement, dans l'avenir, la majorité en place peut table sur cinq ans et donc sur un moindre sentiment d'urgence.

31 - Dès le 15 mai, après que le représentant permanent de la France auprès de l'Union européenne à Bruxelles a été appelé à diriger le cabinet du nouveau ministre des Affaires étrangères, il est remplacé dans sa fonction antérieure par le directeur du cabinet du précédent ministre des Affaires étrangères. Un peu plus tard, le directeur du cabinet de l'ancien ministre de la Défense est nommé préfet de la région Alsace, où il succède au directeur du cabinet du nouveau ministre de la Défense. Légèrement plus compliqué mais procédant de la même logique, c'est au terme d'un échange à trois que le préfet de la région Pays-de-la-Loire devient directeur du cabinet du Président de la République, l'ancien titulaire devenant préfet de la région Île-de-France, tandis que la région Pays-de-la-Loire échoit au directeur du cabinet de l'ancien ministre de l'Intérieur.



Pareille élégance administrative n'est pas de mise partout. Le ministère de l'éducation nationale demeure fidèle à ses mauvaises habitudes, cependant que celui de la justice renoue avec les siennes, donnant l'un et l'autre un tempo soutenu à la valse des responsables.

Est-ce à dire que le constat est choquant et appelle une réaction déterminée ? Pas vraiment. Les membres du gouvernement qui ne peuvent travailler qu'entourés d'amis politiques sont sans doute à blâmer, mais plus encore à plaindre. Il n'y a pas de hauts fonctionnaires qui refuseraient d'obéir, il n'y a que des ministres qui ne savent pas commander, et c'est une fausse sécurité, dont les limites sont vite atteintes, que ces derniers recherchent en nommant des directeurs qu'ils sentent proches d'eux.

Quant à l'amertume que témoignent ceux qui sont évincés, clamant que c'est injuste car ils n'ont pas démérité, elle ne pourrait émouvoir que si eux-mêmes n'avaient dû leur poste qu'à l'échec ou l'incompétence de celui qu'ils avaient remplacé. Le directeur désigné par la politique sera limogé par elle beaucoup plus sûrement que celui qui a vaincu par les armes n'est voué à mourir par les armes.

Soit, donc, il faut supprimer la catégorie des emplois à la décision du gouvernement, mais cela impliquerait un bouleversement complet de la conception française traditionnelle de la haute administration ³², soit il faut renoncer aux procès hypocrites et périodiques.

Dans la première hypothèse, la France verserait, au rebours de son histoire, dans ce que l'on pourrait appeler le syndrome italien. Dans ce pays, « *la haute administration s'est prémunie des interventions intempestives de la politique, mais au prix de sa marginalisation. Elle ne peut qu'empêcher et freiner – ce dont elle ne se prive pas – et gérer son fonds de commerce, c'est-à-dire protéger son recrutement, son statut, sa carrière...* » ³³.

Dans la seconde, nettement préférable, l'on ne dénoncera plus que ce qui le mérite réellement : non le principe des nominations politiques – puisqu'il est consacré, autant qu'il soit admis une fois pour toutes – mais les cas, ou les ministères, dans lesquels il donne lieu à des mises en œuvre manifestement excessives ³⁴.

Sinon, le marronnier reflleurira ³⁵, ce qui ne sera pas bien grave. Mais si des forces réformatrices sont disponibles, sans doute gagnerait-on à les mobiliser sur autre chose.

32 - Voir « La souhaitable neutralité », in « Des fonctionnaires politisés ? », *Pouvoirs*, n° 40, 1987, p. 90-94.

33 - Yves Mény et Yves Surel, *Politique comparée*, Montchrestien, 6^e éd., 2001, p. 377.

34 - Que cet excès soit quantitatif, par le nombre des directions concernées, ou qualitatif, lorsque les remplacements opérés au sommet de la hiérarchie retombent en pluie fine sur les échelons subordonnés.

35 - Plutôt d'ailleurs le châtaignier, vu ce qu'il produit.

B – Horizontalité

Le mouvement horizontal, en effet, est plus préoccupant que le vertical. La surreprésentation des fonctionnaires dans les assemblées élues alimente des soupçons sur le principe représentatif lui-même et commence à nourrir des rancœurs que l'on peut craindre délétères.

De fait, le droit de la fonction publique est généreux. « *Le fonctionnaire élu au Parlement bénéficie d'importantes facilités : il est préparé à sa mission par les tâches administratives ; il peut poursuivre ses campagnes électorales avec un minimum de risques ; il conserve les privilèges de sécurité de l'emploi et de stabilité de la rémunération. Placé dans la position prévue à cet effet par son statut, il conserve certains de ses droits à la carrière, toujours ses droits à la retraite ; à l'expiration de son mandat ou en cas d'échec électoral, il sera en principe réintégré à la première vacance* »³⁶. Et l'effet de ces faveurs ne se limite pas aux seuls mandats nationaux puisque, comme le souligne le même auteur, « *au niveau local, il faut remarquer que la proportion des maires issus de la fonction publique est du dixième dans l'ensemble et augmente avec la taille des villes... Dans les départements, un cinquième des conseillers généraux, un quart des membres des exécutifs sont des fonctionnaires ou anciens fonctionnaires* »³⁷.

Le phénomène est trop connu pour que l'on s'attarde sur sa description ou que l'on dénonce son ampleur. Il appelle en revanche une observation et une proposition.

L'observation consiste à rappeler que cela non plus n'est pas propre à la France. Plus ou moins précis, plus ou moins libéraux, de nombreux pays européens offrent à leurs fonctionnaires des garanties qui facilitent, voire encouragent, leur candidature, au minimum pour les élections parlementaires, puis l'exercice du mandat en cas de victoire et la réintégration en cas d'échec ultérieur, comme, par exemple, au Portugal³⁸, en Espagne³⁹, en Finlande⁴⁰, en Italie⁴¹ ou encore en Suède⁴². La Belgique s'est signalée en sens inverse, puisqu'elle a commencé par instituer, au profit des salariés du secteur privé, un congé pour l'exercice d'un mandat politique⁴³, et c'est seulement dix ans après qu'elle en a étendu le bénéfice aux « membres du personnel des services publics »⁴⁴.

Certes, le Royaume-Uni, comme souvent, fait exception puisque, reprenant un interdit traditionnel, le *House of Commons Disqualification Act* de 1975 rend inéligibles les fonctionnaires en activité. Mais cette rigueur, qui fait parfois saliver en France où elle est fréquemment citée en exemple, s'inscrit dans un

36 - Alain Plantey, *La fonction publique, traité général*, Litec, 2^e éd., 2001, n° 164, p. 91.

37 - *Ibid.*, n° 165.

38 - Loi du 1^{er} mars 1993 pour les députés et du 30 juin 1987 pour les élus locaux.

39 - Loi du 29 décembre 1993.

40 - Statut des fonctionnaires d'État issu de la loi du 19 août 1994 telle que modifiée par celle du 13 juin 1997.

41 - Article 68 du décret n° 165 du 30 mars 2001.

42 - Élection Act ; Vallagen, SFS 1997 : 157.

43 - Loi du 19 juillet 1976.

44 - Loi du 18 septembre 1986.



contexte qui prive la comparaison de pertinence. Outre-Manche, en effet, la conception d'ensemble de la fonction publique est très éloignée de ce qu'elle est le plus souvent sur le continent ; là « *point d'ENA qui sacre des jeunes gens frais émoulus d'une grande école... le haut fonctionnaire britannique doit ses promotions au jugement de ses anciens... Concrètement, cela signifie qu'il aura dû se faire remarquer par ses pairs pour ses qualités d'administrateur...* »⁴⁵. En conséquence, « *la règle du mutuel isolement de la politique et de l'administration, en dépit d'une collaboration étroite et continue, suppose évidemment quelques contreparties de la part des fonctionnaires* »⁴⁶. La première de ces contreparties est justement l'obligation de démissionner avant de se présenter à une élection. Elle n'est donc pas la trace d'une rigueur supplémentaire qui distinguerait le fonctionnaire britannique de ses homologues continentaux, mais plutôt un élément d'une logique tout autre, ce qui fait que rien ne serait plus artificiel que d'isoler cet élément-là puis de prétendre l'importer pour le greffer sur un ensemble qui lui est totalement étranger.

D'une manière générale, est une démarche suspecte celle qui voudrait retirer à quiconque des facilités qui ne sont pas illégitimes, au lieu de réfléchir, à l'inverse, au moyen d'en doter ceux qui en sont aujourd'hui exclus. C'est d'ailleurs ce qui rend peu convaincante, même si elle présente des mérites, l'idée d'obliger les fonctionnaires, après un ou deux mandats de député, à choisir définitivement entre fonction publique et fonction politique. C'est, en effet, au moment où la bouée de sauvetage est la plus justifiée qu'elle serait rendue indisponible ! Celui qui perd une élection, jeune quadragénaire, conserve encore une chance raisonnable de retrouver un emploi privé. Ses chances de reclassement décent diminuent ensuite, au fur et à mesure qu'il avance en âge, au point que la défaite politique pourrait tourner au désastre humain si l'intéressé avait dû, par avance, renoncer à toute garantie⁴⁷. Ajoutons qu'il y aurait quelque chose de paradoxal à empêcher les fonctionnaires d'exercer à nouveau leur métier⁴⁸, et bien sûr eux seulement, créant ainsi une interdiction professionnelle assez rare pour que l'on réfléchisse à deux fois avant de l'instituer.

Aussi bien, l'objectif d'une réforme ne doit-il pas être de dissuader la candidature des fonctionnaires, mais plutôt de persuader celle des autres.

À cet égard, une solution partielle mais simple pourrait être adoptée, qui consisterait non à retirer leur qualité de fonctionnaire à ceux qui la détiennent, mais à la faire miroiter aux yeux de ceux qui ne l'ont pas⁴⁹.

Celui qui appartient au secteur privé, qu'il soit salarié, artisan, profession libérale ou autre, prend un risque en lâchant la proie professionnelle pour l'ombre politique. Même si l'évaluation de ses chances électorales est encourageante,

45 - Yves Mény et Yves Surel, *op. cit.*, p. 373.

46 - *Ibid.*

47 - Pour donner un ordre de grandeur, les députés nés entre 1953 et 1957 auront entre 50 et 55 ans au terme de la législature et ils sont 70 sur 577.

48 - Ils n'auraient même pas la ressource de le reprendre après un concours puisque, par hypothèse, ils auraient largement dépassé la limite d'âge pour entrer dans la fonction publique.

49 - La proposition qui suit a déjà été présentée dans « Moderniser la représentation politique », *Le courage de réformer*, Éditions Odile Jacob, 2002, p. 225-235.

il lui faut songer aux lendemains, pour lui comme pour sa famille. L'élection n'est pas une garantie de réélection et la non-réélection, quelle que soit sa date, peut le conduire directement à émarger à l'ANPE. La réticence est compréhensible.

Dans ces conditions, il serait aisé de promettre à qui aura accompli un mandat à l'Assemblée nationale que, si le sort ultérieur des urnes lui est contraire, il pourra être intégré⁵⁰ dans un emploi de catégorie A de la fonction publique, à la seule condition de le souhaiter⁵¹. Si l'on écarte ceux qui n'en ont pas besoin, soit parce qu'ils sont réélus jusqu'à l'âge légal de la retraite, soit parce qu'ils sont déjà fonctionnaires, soit encore parce qu'ils ne rencontrent aucune difficulté de reclassement, cette planche de salut ne serait secourable qu'à un très petit nombre de personnes, tous les cinq ans. Ces personnes, par définition, auront emmagasiné une expérience, avant et pendant leur(s) mandat(s), qui peut être précieuse dans de nombreux corps (enseignement, inspection...) et enrichir la fonction publique.

Parce que, enfin, l'effort budgétaire serait insignifiant et que ces agents publics surnuméraires pourraient même être d'autant mieux venus que la courbe démographique laissera sans doute des places vacantes, l'expérience, si elle était tentée, pourrait même être assez vite élargie au profit des maires de communes d'une certaine importance.

Que cela ne règle pas tout, l'on en conviendra bien volontiers, mais c'est une piste sans doute plus rapide et facile à emprunter que le chemin financièrement escarpé qui est supposé conduire au statut de l'élus.

Apaisés quant à leur devenir, les candidats issus du secteur privé seront moins réticents à se lancer dans l'aventure civique et politique. De deux choses l'une alors : soit cette mesure amorce un rééquilibrage, et le système démocratique ne pourra que s'y vivifier ; soit elle ne change rien ou pas grand-chose, ce qui n'est pas exclu, et il sera alors définitivement prouvé que l'absence du privé n'est pas l'effet de la difficulté mais de l'inappétence, moyennant quoi elle cesserait d'être perçue comme un problème.

Quitte à ce que les vases communiquent, autant ne pas limiter les tuyaux au seul va-et-vient entre fonctionnaires et politiques, et tenter d'insérer le secteur privé dans cette mécanique des fluides.

C'est d'autant plus vital, pour l'avenir, que sont déjà à l'œuvre des mouvements qui font foire des nuances, et même des différences essentielles, et qui achèvent le rapprochement des fonctionnaires et des élus en les versant tous, uniment, dans le même sac.

C'est de responsabilité qu'il s'agit ici pour conclure.

La tendance est désormais bien connue, et chaque jour plus accentuée, qui voit

50 - Sans recourir à la troisième voie d'accès à l'ENA qui ne paraît pas appropriée à cette situation.

51 - Pourront donc toujours prendre l'engagement de ne pas le faire ceux qui préfèrent invoquer les risques professionnels qu'ils courent comme preuve de leur dévouement à la chose publique.



se multiplier les victimes⁵² et, avec elles, la publicité donnée à des contentieux vindicatifs⁵³. La puissance publique en est la première cible et ceux qui la visent ne s'embarrassent pas de distinctions ou de nuances ; quiconque y participe s'expose à ces poursuites de ce seul fait, politique ou fonctionnaire, ministre, maire ou administrateur taxés d'imprévoyance, surveillant accusé de défaut de vigilance, policier de négligence, pompier bénévole trop lent ou médecin hospitalier trop hâtif, enseignant pas assez diplomate ou diplomate pas assez pédagogue, pour ceux-là et bien d'autres la qualité d'agent public, exigé infaillible à ce titre, l'emporte sur le statut et l'étendue réelle des responsabilités.

La nouveauté n'est pas que les politiques et les fonctionnaires soient les objets des rituelles railleries dont l'esprit dit gaulois aime à les couvrir. Elle est plutôt que ces sarcasmes soient devenus hargneux, traduits en poursuites juridictionnelles et, surtout, qu'ils soient aujourd'hui à peu près les mêmes. Où l'on raillait différemment hier le politique présumé ambitieux (« *il rampe verticalement* ») et le fonctionnaire réputé indolent (« *il est fonctionnaire et sa femme ne travaille pas non plus* »), c'est ensemble que tous sont aujourd'hui l'objet d'une même distance, le plus souvent réprobatrice.

Bien sûr cette touche finale paraîtra abusivement sombre, et il est heureusement nombre d'agents publics, élus ou nommés, qui échappent à ce sort. Mais c'est le fait d'individus, ou parfois de métiers spécifiques, comme celui des infirmières. Or, même dans ce dernier cas, les avanies de plus en plus souvent subies par des sapeurs-pompiers montrent que rien n'est jamais acquis aux corps, y compris les plus appréciés des Français.

La conclusion s'en déduit d'elle-même. Point n'est besoin de chercher à dissocier à nouveau deux fonctions, politique et publique, que le temps, le droit, les usages ont inexorablement rapprochées. Mieux vaut tenter de les réhabiliter simultanément, en réhabilitant l'ensemble de la sphère publique, mais cela passera avant tout par l'effort qu'elles seront

52 - Voir « Société de droit contre État de droit », *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 37.

53 - C'est elle, comme on sait, qui a conduit le législateur à intervenir par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, qui a donné une nouvelle rédaction à l'article 121-3 du Code pénal, alors pourtant que les données recensées auparavant par Jean Massot avaient paru relativiser la réalité, au moins statistique, du problème (*La responsabilité des élus et décideurs publics*, la Documentation française, 2000, p. 109).

Table des matières

Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'État 7

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle 15

Section du contentieux 17

 Activité de la Section 17

 Jurisprudence 28

 Actes 28

 Agriculture, chasse 29

 Audiovisuel 30

 Commerce 30

 Comptabilité publique 31

 Concurrence 31

 Constitution 31

 Contributions et taxes 32

 Droits civils et individuels 34

 Droit communautaire 34

 Droit international 35

 Élections 36

 Enseignement 39

 Étrangers 39

 Famille 40

 Fonction publique 40

 Marchés et contrats administratifs 41

 Procédure contentieuse (hors référés) 42

 Procédure contentieuse (référés) 44

 Professions 47

 Responsabilité 48

 Travail 50

 Urbanisme et aménagement du territoire 50

Bureau d'aide juridictionnelle 51

 Statistiques 52

Activité consultative 53

Assemblée générale 55

Section de l'intérieur 59

 Principaux projets examinés 59



Principes constitutionnels	60
Libertés publiques et droit pénal	61
Problèmes de compétence	63
Compétence législative	63
Compétence au titre de l'article 38 de la Constitution	64
Compétence réglementaire	65
Compétence consultative	65
Compétences respectives de l'État et des collectivités d'outre-mer	66
Établissements d'utilité publique	67
Statistiques	69
Section des finances	71
Dispositions fiscales	71
Nature juridique de la prime pour l'emploi	71
Prise en charge des enfants de parents divorcés ou séparés en cas de résidence alternée au domicile de chacun des parents	72
Application de la réglementation européenne	72
Mesures de simplification	73
Validations législatives	74
Dispositions budgétaires	74
« Décristallisation » des pensions des anciens combattants étrangers	74
Dispositions d'ordre économique et financier	75
Réforme du Conseil de la concurrence	75
Réforme des juridictions financières	75
Réforme des marchés publics	76
Conventions internationales	77
Fonction publique	77
Ouverture de la fonction publique de l'État aux ressortissants communautaires	77
Statistiques	79
Section des travaux publics	81
Élaboration et qualité des textes	81
Organisation administrative et adaptation des services publics	83
Protection de l'environnement	85
Utilité publique, voirie et domaine public	85
Déclarations d'utilité publique	85
Énergie, transports, agriculture et pêche	88
Énergie et autres industries	88
Transports	89
Agriculture et pêche	89
Urbanisme, logement et construction	90
Statistiques	91
Section sociale	93
Questions de portée générale	94
Principaux textes examinés	95
Organisation ministérielle	95
Sécurité sociale	95
Travail, emploi, formation professionnelle	96
Santé	98

Action sociale	100
Outre-mer	101
Statistiques	102
Récapitulatif des statistiques pour 2002	105
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	107
Activité de la Section du rapport et des études	111
Les études et leurs suites	113
L'activité d'étude en 2002	113
Suites données aux études antérieures	115
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2002	119
Les évolutions constatées en 2002	119
Considérations sur la gestion des procédures d'exécution	120
Considérations sur certaines difficultés d'exécution signalées en 2002	122
Demandes d'éclaircissement adressées à la Section du rapport et des études	122
Fonction publique	124
Décisions rendues par des juridictions administratives spéciales	125
La recherche de solutions équivalentes à l'exécution	125
Refus d'exécution	126
Statistiques	127
L'action internationale du Conseil d'État	129
Europe	129
Amériques	130
Afrique	130
Proche-Orient	131
Asie et Pacifique	131
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État	133
Bilan des formations	135
Bilan des formations	137
Formation initiale des conseillers de tribunal administratif	137
Formation continue des magistrats des juridictions administratives	137
Formation des agents de greffe des juridictions administratives	138
Formation des membres des comités d'hygiène et de sécurité	138
Formations spécifiques des membres et agents du Conseil d'État	138
Activité de la mission d'inspection des juridictions administratives	141
Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	143
Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	147
L'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	149



L'activité des tribunaux administratifs en 2002	149
Affaires enregistrées	149
Affaires réglées.	149
Affaires en instance.	150
Les référés.	150
Tribunaux administratifs	
Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance (évolution 2002/2001)	151
Tribunaux administratifs	
Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance par juridiction .	152
L'activité des cours administratives d'appel en 2002	153
Affaires enregistrées	153
Affaires réglées.	153
Affaires en instance.	153
Cours administratives d'appel	
Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance (évolution 2002/2001, données détaillées par juridiction).	154
 Activité des juridictions spécialisées	 155
Commission des recours des réfugiés	157
État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2002 . . .	157
Éléments de jurisprudence	159
Sur la question des auteurs de persécutions	159
Sur le motif de persécutions tiré de l'appartenance à un certain groupe social.	160
Sur l'actualité des craintes de persécutions.	161
Sur l'application des clauses d'exclusion	161
Sur les nouvelles demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié	162
Vue d'ensemble de l'activité des juridictions spécialisées	165
 Avis du Conseil d'État en 2002.	 167
Avis du Conseil d'État en 2002	169
Agriculture, chasse et pêche.	169
Capitaux, monnaie, change.	173
Collectivités territoriales.	175
Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique	179
Domaine.	182
Droit communautaire	185
Élections.	196
Électricité.	199
Marchés et contrats administratifs	201
Outre-mer.	205
Radiodiffusion sonore et télévision.	217



II. Réflexions sur la fonction publique

● Considérations générales

Perspectives pour la fonction publique	227
Introduction	231
Première partie	
Analyse des principaux enjeux auxquels se trouve confrontée la fonction publique	241
1.1. L'exigence pour la fonction publique de faire preuve d'une efficacité accrue	241
1.1.1. Prendre la mesure des critiques formulées	242
1.1.2. Faire face au renouvellement démographique	247
1.1.3. Admettre que la capacité concurrentielle de la France dépend autant de la performance de ses services publics que de la maîtrise de l'évolution des dépenses publiques	250
1.2. La nécessaire adaptation des règles de gestion de la fonction publique aux exigences de la gestion des ressources humaines	253
1.2.1. Les dominantes de la gestion des agents publics	254
1.2.2. Les causes de cet état de fait	259
1.3. L'indispensable conciliation entre le droit de la fonction publique et d'autres branches du droit	277
1.3.1. Droit de la fonction publique et droit communautaire	277
1.3.2. Droit de la fonction publique et droit budgétaire	293
1.3.3. Droit de la fonction publique et droit de l'éducation	296
1.3.4. Droit de la fonction publique et évolution du droit des collectivités territoriales	299
Deuxième partie	
Propositions	301
2.1. Sur les objectifs	301
2.1.1. Dégager rapidement les axes d'une évolution globale maîtrisée	302
2.1.2. Recueillir un possible consensus sur un principe directeur simple	302
2.1.3. S'appuyer, pour la mise en œuvre de ce principe, sur deux partis	303
2.2. Sur les principales questions à traiter	305
2.2.1. Quel particularité des règles de fond pour la fonction publique ?	306



2.2.2.	Quelle place au contrat dans le droit de la fonction publique ?	329
2.2.3.	Quelle structure de gestion pour la fonction publique d'État ? . .	344
2.2.4.	Quelle architecture et quel pilotage pour l'ensemble de la fonction publique ?	364
2.2.5.	Quelle organisation du dialogue social dans la fonction publique ?	376
	Conclusion	385
	● Contributions	387
	La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un démantèlement programmé ?	389
	<i>Gwénaële Calvès</i>	
	Point de vue sur les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie	399
	<i>Roberto Caranta</i>	
	La fonction publique en Grande-Bretagne.	415
	<i>Duncan Fairgrieve</i>	
	Fonction publique et fonction politique	427
	<i>Guy Carcassonne</i>	

