

L'interdiction de cumul d'une activité privée et d'un emploi public

L'essentiel

- **Le principe.** Les fonctionnaires consacrent l'intégralité de leur activité aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit.
- **Les agents concernés.** L'interdiction définie à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 est un principe général commun à toutes les fonctions publiques, qui s'applique quelle que soit la forme de l'engagement souscrit par l'agent (fonctionnaires, agents non titulaires, etc.).
- **Les dérogations.** Certaines dérogations peuvent être apportées au principe de non-cumul d'activité. Il s'agit tout d'abord des activités pour lesquelles une autorisation préalable de cumul n'est pas requise: production d'œuvres scientifiques, littéraires et artistiques. Il s'agit ensuite des activités de consultation ou d'expertise. Celles-ci doivent être effectuées sur la demande d'une autorité administrative ou judiciaire ou sur autorisation du chef de service. Il s'agit, enfin, de l'activité d'enseignement qui doit être en rapport avec la compétence de l'agent.
- **Les sanctions.** L'agent qui enfreint les prescriptions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 s'expose à des poursuites disciplinaires pouvant aller jusqu'à la révocation et, éventuellement, des sanctions pénales.

Le statut général de la fonction publique impose à l'ensemble des agents publics de se consacrer entièrement à leur tâche et les soumet à une obligation de désintéressement. Dans les faits, il n'est pas rare que les intéressés méconnaissent cette interdiction.

Les motifs pour lesquels certains fonctionnaires exercent une activité parallèle aux fonctions qui leur sont dévolues sont variés. Soit ils disposent d'un savoir-faire qu'ils ne peuvent exprimer dans leurs fonctions, soit ils considèrent que leur traitement est insuffisant pour leur assurer un train de vie décent, soit, au contraire, ils admettent que leur rémunération est une garantie pour prendre un risque dans le monde des affaires, soit encore ils sont confrontés à une situation personnelle, souvent d'origine familiale, et estiment qu'ils ne peuvent s'en détourner.

L'impossibilité légale d'exercer à la fois une activité privée et un emploi public pose juridiquement une « incompatibilité » avec l'exercice des fonctions publiques et privées. Pour autant, le législateur a prévu des assouplissements afin de permettre une réelle ouverture de la fonction publique sur le monde économique. Certes, le non-respect de l'obligation pour tout agent public de se consacrer entièrement à ses fonctions est sévèrement sanctionnée par le juge (I), mais, en pratique, l'interdiction d'exercer une activité privée n'est pas absolue (II).

I / L'obligation de se consacrer à ses fonctions

La règle est énoncée par l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires en ces termes : « Les fonctionnaires consacrent l'intégralité de leur activité aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Les conditions dans lesquelles il peut être exceptionnellement dérogé à cette interdiction sont fixées par décret en Conseil d'Etat. »

La formule retenue est identique à celle de l'article 8 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires. Elle est reprise par tous les autres statuts d'agents publics en vigueur : article 8 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ; article 35 de loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires ; article 9 du décret n° 84-431 du 16 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants chercheurs et portant statut particulier des professeurs d'université et des corps des maîtres de conférences...

Elle est également énoncée à l'article L.324-1 du Code du travail en ces termes : « Il demeure interdit [...] aux fonctionnaires, agents et ouvriers des services publics de l'Etat, [des régions], des départements et des communes, offices et établissements publics [...] d'occuper un emploi privé rétribué ou d'effectuer à titre privé un travail moyennant rémunération ».

Cette insertion dans le Code du travail vise les agents de droit privé des administrations et organismes de la « sphère publique » qui demeurent régis par ce code.

Aucun décret d'application n'ayant été pris pour préciser les conditions dans lesquelles il peut être dérogé au principe édicté à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, subsiste le décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions (1).

A. La portée de l'interdiction

L'interdiction de cumul se justifie pleinement. Dans son rapport de 1999 sur le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, le Conseil d'Etat a rappelé que l'interdiction légale poursuivait trois objectifs : en premier lieu, assurer la bonne exécution du service public par l'assurance d'une disponibilité des agents ; en second lieu, contribuer à lutter contre le chômage en évitant que les agents publics qui, par définition, occupent déjà un emploi, n'exercent une activité qui pourrait être exercée par une personne privée d'emploi ; en troisième lieu, éviter la concurrence déloyale que pourraient porter certains agents publics, notamment les techniciens, à l'activité de certaines professions privées.

Le ministre de la Fonction publique a souligné qu'il s'agit de « l'un des principes fondamentaux de la fonction publique française, car il garantit la neutralité et l'indépendance des agents publics par rapport aux employeurs privés » (2). Tout d'abord, l'agent peut être conduit à sacrifier l'intérêt du service public au développement de son activité privée. Ensuite, il peut y avoir conflit d'intérêts entre les deux activités, l'agent pouvant exercer sa mission dans le sens le plus utile à l'exercice de sa profession privée.

La formule signifie, en premier lieu, que le fonctionnaire doit travailler à titre exclusif pour la collectivité publique qui l'emploie, pendant le temps de travail qui lui est imparti. En conséquence, il doit être présent sur son lieu de travail et rendre compte de ses activités. Cette obligation le soumet inévitablement au contrôle de sa hiérarchie, même pendant un congé de maladie (3).

En second lieu, l'interdiction vise les activités exercées en dehors de l'activité professionnelle mais qui débordent sur celle-ci. La loi est en effet soucieuse de protéger l'administration de toute activité qui accaparerait trop l'agent.

Le fonctionnaire ne doit pas délaissier sa mission pour s'investir dans une entreprise privée. Ainsi, un inspecteur de police ne peut créer une pizzeria avec un prête-nom, engager du personnel et gérer l'établissement au détriment de la qualité de son travail (4) ; un éboueur ne peut gérer un débit de boissons (5) ; une secrétaire de mairie ne peut abandonner ses fonctions sous un prétexte médical pour s'adonner à l'apiculture (6) ; un agent ne peut participer à l'activité rémunérée de vendangeur (7)...

Certains textes posent une incompatibilité entre l'exercice d'une profession et un emploi ou une fonction publics. C'est ce que prévoit notamment l'article 62 du décret n° 72-468 du 9 juin 1972 organisant la profession d'avocat, lequel pose cette incompatibilité afin de garantir son indépendance et son caractère libéral (8). L'article L. 5125-2 du Code de la santé publique dispose que l'exploitation d'une officine est incompatible avec l'exercice d'une autre profession. Au contraire, certains textes autorisent le cumul. Ainsi, le décret n° 81-420 du 27 avril 1981, relatif au cumul de missions de conception et de maîtrise d'œuvre par certaines catégories d'architectes fonctionnaires ou salariés de l'Etat ou des collectivités publiques, admet que les architectes qui exercent dans une collectivité territoriale en qualité d'agent non titulaire ou dans le cadre d'emplois des ingénieurs territoriaux puissent exercer, à titre libéral, pour d'autres collectivités ou au profit de personnes privées, en étant rémunérés sous forme d'honoraires.

B. Les limites

L'interdiction posée par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 est stricte, mais elle ne peut être aggravée par l'autorité administrative. Ainsi, le Conseil d'Etat a censuré la note de service du ministre de l'Equipement qui interdisait aux enseignants des écoles d'architecture « d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit », au motif qu'une telle interdiction générale et absolue méconnaissait les dispositions précitées (9). Egalement, les dérogations prévues par le décret-loi du 29 octobre 1936 ne peuvent être remises en cause par voie de circulaire (10).

Par ailleurs, si l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 interdit expressément le cumul d'une activité publique et d'une activité privée, il n'interdit pas le cumul des activités publiques. C'est seulement par une interprétation de la formule elliptique énoncée dans la phrase introductive de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 qu'une limitation peut être posée. Celle-ci doit être appréciée au regard des dispositions de l'article 7 du décret-loi du 29 octobre 1936, selon lequel « nul ne peut exercer simultanément plusieurs emplois rémunérés sur les budgets des collectivités [publiques] », le même article prévoyant un aménagement en définissant la notion d'emploi (« toute fonction qui, en raison de son importance, suffirait à occuper normalement à elle seule l'activité d'un agent, et dont la rémunération [...] constituerait, à raison de sa quotité, un traitement normal pour ledit agent ») et en se référant à la notion de « fonction principale ». Ce qui importe, c'est que l'activité exercée secondairement demeure accessoire et temporaire.

1. Il faut, en principe, une autorisation de l'autorité hiérarchique

Les exceptions énoncées à l'article 3 du décret-loi du 23 octobre 1936 nécessitent un accord écrit préalable de l'autorité hiérarchique. En aucune façon, l'autorisation ne peut être obtenue tacitement, notamment au motif que l'autorité territoriale connaissait l'exercice par son agent

de l'activité prohibée (11). Tel est le cas pour les activités d'enseignement, de consultation ou d'expertise, et non pour les activités de production d'œuvres scientifiques, littéraires et artistiques.

L'autorisation relève du pouvoir d'appréciation dont dispose le chef de service. Un éventuel refus n'a pas à être précédé de la communication du dossier (12). Celui-ci peut se fonder sur la gêne que pourrait présenter l'exercice de l'activité en cause sur l'exécution des obligations de service incombant à l'agent (13). Dans tous les cas, le juge contrôle la réalité du motif de refus invoqué (14).

Le chef de service a le pouvoir de mettre fin à tout moment, pour des motifs tirés de l'intérêt du service, aux autorisations de cumul précédemment accordées. L'administration doit être informée par l'agent de ses projets. L'attestation annuelle de non-cumul permet cette information : délivrée par l'administration qui emploie l'agent à titre principal, elle se concrétise par un engagement sur l'honneur de ce dernier. L'autorisation accordée est, de toute façon, temporaire et doit être renouvelée (15).

2. Les activités cumulables sont limitées

Il s'agit tout d'abord des activités pour lesquelles une autorisation préalable de cumul n'est pas requise : production d'œuvres scientifiques, littéraires et artistiques. La jurisprudence exige que la production en cause ne soit pas accomplie pour le compte d'un employeur, c'est-à-dire qu'elle soit « autonome ». Si tel n'est pas le cas, l'autorisation doit être refusée (16). Il s'agit ensuite des activités de consultation ou d'expertise. Celles-ci doivent être effectuées sur la demande d'une autorité administrative ou judiciaire ou sur autorisation du chef de service (17). Elles ne peuvent être dirigées contre une personne publique (article 3 du décret-loi du 29 octobre 1936).

Il s'agit encore de l'activité d'enseignement, laquelle peut être exercée dans les mêmes conditions. Cette activité doit être en rapport avec la compétence de l'agent (18). Il n'est pas rare que les fonctionnaires assurent des cours à l'université ou participent à la formation permanente ou préparatoire aux concours dans des organismes spécialisés. La pratique tolère l'enseignement dans les structures privées. De même, il est admis que les maîtres nageurs donnent des cours privés dans la piscine municipale, à condition que l'activité ne devienne pas une entreprise commerciale (19).

Il convient encore de mentionner l'exception prévue par le troisième alinéa de l'article 3 du décret-loi du 29 octobre 1936 sur la possibilité offerte aux enseignants d'exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions. La jurisprudence a précisé que seuls les universitaires bénéficient de la dérogation (20), à l'exclusion des professeurs certifiés ou agrégés du secondaire (21).

L'interdiction faite à tout agent public d'exercer une activité privée lucrative doit être compatible avec la faculté d'accomplir des actes de droit privé indispensables à la conservation de son patrimoine (22) : il peut comme tout « bon père de famille » acheter un bien et le revendre avec une plus-value, acheter des titres boursiers et réaliser de substantiels bénéfices, prêter avec intérêts, investir dans la pierre, les œuvres d'art ou les métaux précieux...

En revanche, il est jugé qu'un inspecteur central des impôts ne peut assurer la gestion d'un hôtel lui appartenant, alors même qu'il a pris le relais de son épouse qui a abandonné soudainement cette activité (23). L'interdiction posée par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 a donc un impact sur la vie privée de l'agent. Ainsi, la Cour de cassation a estimé, sur ce fondement, qu'un professeur de l'enseignement public ne pouvait bénéficier, dans le cadre de

la liquidation de la communauté suite à son divorce, de l'attribution préférentielle d'un terrain loué l'été pour le stationnement de caravanes, une telle exploitation lui étant interdite par la loi (24).

La participation du fonctionnaire à la vie d'une société commerciale pose quelques difficultés. S'il peut participer au capital social sans qu'il puisse y avoir de limite quant au nombre de parts détenues (25), il ne peut assurer les fonctions de président du conseil d'administration (26) ou d'administrateur, même si elles ne sont pas rémunérées (27). La prise d'une gérance n'est pas non plus admise (28). En revanche, les fonctions de membre du conseil de surveillance sont autorisées si aucun avantage matériel n'y est attaché (29). Dans son avis du 9 février 1949, le Conseil d'Etat admet qu'un fonctionnaire puisse être administrateur d'une société familiale ou dont les parts ont été reçues par dévolution successorale.

Les activités que le fonctionnaire mène dans sa vie privée ne doivent pas déborder sur sa vie professionnelle ni se substituer à elle. Ainsi, il a été jugé qu'un garde-chasse ne pouvait diriger une ferme équestre à la place de sa femme partie du domicile conjugal (30), et qu'un inspecteur central des impôts ne pouvait gérer un hôtel à la place de son épouse (31). La contribution que l'agent public peut apporter à son conjoint dans son activité professionnelle doit donc rester mesurée ; ainsi, le surveillant d'un centre pénitentiaire ne peut assurer la gestion de fait du salon de coiffure de son épouse (32).

C. Les agents concernés

L'interdiction définie à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 est applicable aux agents non titulaires (33). Pour la fonction publique territoriale, le fondement légal est l'article 136 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 (34). Il s'agit donc d'un principe général commun à toutes les fonctions publiques qui s'applique quelle que soit la forme de l'engagement souscrit par l'agent.

Ainsi, les agents employés à temps partiel ne peuvent exercer une activité parallèle dans le secteur privé – voir notamment les articles 39 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et n° 60 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, respectivement pour la FPE et la FPT, rédigés dans les mêmes termes – (35). Ils ne bénéficient pas des dérogations à l'interdiction du cumul posées par le décret-loi du 29 octobre 1936, à l'exception de la production d'œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques. Cette réglementation plus restrictive s'explique par le sens même du dispositif de travail à temps partiel où les agents expriment leur volonté de consacrer moins de temps à leurs activités professionnelles rémunérées. De plus, la législation sur le travail à temps partiel a pour objectif de concourir à l'accroissement des offres d'emplois par le partage du temps de travail (36).

En revanche, pour les agents employés à temps non complet, la législation a évolué. En effet, l'article 20 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 ajoute un alinéa à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 qui autorise, pour les agents publics employés pour une durée inférieure au mi-temps, la possibilité de cumuler leur emploi avec une activité privée rémunérée dans les limites et les conditions prévues par le décret n° 2003-22 du 6 janvier 2003.

Ce texte soumet les agents employés à temps non complet concernés à un régime déclaratif : ils doivent informer préalablement par écrit l'autorité administrative dont ils relèvent. L'activité privée lucrative exercée doit être compatible avec leurs obligations de service et ne pas porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service. A tout moment l'administration peut s'opposer à l'exercice de l'activité privée qui contreviendrait à ces obligations.

D'autres textes s'appliquent pour les agents employés à temps non complet.

L'article 31-1 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 modifiée, relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives permet ainsi aux agents territoriaux occupant un emploi pour une durée inférieure à la moitié de la durée légale du travail de cumuler cet emploi avec l'exercice rémunéré d'une activité sportive dans une association ou une société à objet sportif ou une SEM sportive locale. Par ailleurs, l'article 45 de la loi n° 95-95 du 1er février 1995 de modernisation de l'agriculture autorise une personne exerçant à titre principal une activité professionnelle agricole non salariée d'occuper un emploi à temps non complet dans une collectivité locale.

Par ailleurs, même les agents placés en congé annuel ou en arrêt maladie sont soumis à l'interdiction légale (37). En effet, en pareil cas, l'agent demeure en position d'activité ; il est donc soumis aux obligations statutaires. Au contraire, l'interdiction ne s'applique pas aux agents en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions, ou encore aux agents frappés d'une exclusion temporaire de fonctions (pour la FPT : article 95 de la loi du 26 janvier 1984 et décret n° 95-168 du 17 février 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions). Avant 1983, le Conseil d'Etat avait jugé que l'interdiction ne concernait pas non plus les agents suspendus de leurs fonctions sur le fondement de l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 (38), mais il est douteux que cette solution soit aujourd'hui admise car l'agent placé dans cette situation continue à percevoir son traitement.

Seuls les agents ayant quitté la fonction publique peuvent exercer une activité privée, sous réserve de ne pas tomber sous le coup de la loi pénale pour pantouflage. Pour les agents en disponibilité, l'activité doit cesser au jour de la réintégration (39).

II / L'exercice d'une activité privée

La prohibition d'exercer une activité privée en plus de l'emploi public concerne l'activité lucrative, ce qui offre au fonctionnaire une certaine marge de manœuvre (A). Cependant, l'interdiction doit être observée strictement : non seulement la loi insiste sur le caractère « exceptionnel » de la dérogation prévue par le décret d'application (B), mais encore toute entorse au cadre fixé expose le contrevenant à des poursuites disciplinaires.

A. L'interdiction frappe l'activité professionnelle

Il doit s'agir d'une activité exercée à titre habituel comme celle d'un professionnel. Ainsi, il est jugé que le fait pour un agent public de continuer à percevoir une rémunération sur une courte période de la part de la société qui l'employait avant son recrutement n'entre pas dans le champ de l'interdiction légale dès lors qu'il a cessé toute activité effective pendant l'exécution de son contrat au sein de la collectivité locale qui l'emploie (40).

L'activité en cause doit avoir un caractère régulier. Peu importe que l'agent n'y consacre que les week-ends et les vacances scolaires (41), ou une journée par semaine (42). La situation de l'agent fraudeur est parfois révélée par un contrôle de la chambre régionale des comptes (43).

La charge de la preuve incombe à l'administration (44). Elle doit établir le rôle « agissant et déterminant » de son agent dans l'activité en cause. Ainsi, dans une affaire qui impliquait un cabinet de voyance et d'exorcisme installé au domicile de l'agent, brigadier de police, le juge relève que : « Si les prestations de ce cabinet donnaient lieu au versement par les clients de

sommes substantielles, il ne ressortait pas des pièces du dossier qu'il ait également joué un rôle dans leur perception, et que la circonstance qu'il aurait profité des revenus ainsi acquis par son épouse ne pouvait, quel que soit leur régime matrimonial, être retenu comme un élément de l'exercice d'une activité privée lucrative professionnelle au sens des dispositions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983. » (45).

B. L'interdiction frappe l'activité lucrative

La loi précise que sont soumises à l'interdiction d'exercice les activités privées « de quelque nature que ce soit », afin d'englober toutes les hypothèses. En ce sens, la loi est antiéconomique et anti-libérale. Elle peut être perçue comme un frein à l'initiative individuelle, à la création et à l'innovation.

L'activité bénévole au sein d'un syndicat ou d'une association ne tombe pas sous le coup de l'interdiction légale, étant précisé qu'une association déclarée à but non lucratif peut exercer, en réalité, une activité commerciale que le juge ne manquera pas de relever (46). Il en est de même des fonctions de syndic de copropriété de l'immeuble dont l'agent est copropriétaire (47). Ce qui importe, c'est que l'entité n'a pas de lien avec l'administration dont relève l'intéressé et que l'activité porte atteinte à l'indépendance, à la neutralité et au bon fonctionnement du service public (48).

La définition d'une activité lucrative n'est pas donnée par la loi. La perception d'une rémunération ou la rentabilité de l'activité en cause ne constituent pas un critère déterminant ; l'attribution d'un avantage en nature suffit.

Ainsi, il a été jugé que le fait pour un brigadier chef de police de réaliser pendant une durée d'un an et demi, un jour par semaine, des états des lieux d'immeubles pour le compte d'une agence immobilière, avec pour contrepartie un véhicule et le versement d'une somme de 10 000 francs (1 525 euros) pour couvrir les frais d'assurance, de vignette et de carburant, constituait une activité lucrative par la répétition et la durée des services rendus, ainsi que l'avantage en nature octroyé (49).

L'activité lucrative est encore décelée dans le cas de l'agent rémunéré indirectement par le versement d'un loyer manifestement exagéré pour la location du sous-sol de sa maison par le gérant de la société pour le compte de laquelle il effectuait une activité de chauffeur-livreur (50).

Il ressort de la jurisprudence qu'une activité déficitaire n'ayant pas permis au fonctionnaire d'en retirer la rémunération prévue entre dans le champ de la loi (51).

Pour les agents publics exerçant des fonctions de direction au sein d'une société commerciale, le caractère lucratif de l'activité est acquis alors même qu'aucun bénéfice n'a été dégagé et qu'aucune rémunération n'a été perçue au cours de la période considérée (52), notamment si ses statuts prévoient expressément une rémunération et le remboursement des frais exposés (53). Il suffit que la société poursuive un objet lucratif (54).

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 vise les activités privées lucratives « de quelque nature que ce soit ». Il peut donc s'agir d'une activité commerciale, par exemple, l'abattage d'animaux (55), l'exploitation d'un restaurant (56), d'un hôtel (57), d'un débit de boissons (58), d'un lieu d'accueil touristique (59), de la participation à la gestion d'une entreprise privée (60), d'une activité libérale (61), ou encore de toute activité salariée (62).

Le juge n'admet aucune tolérance. De plus, les activités du conjoint peuvent être prises en compte dès lors que l'agent a un rôle agissant et déterminant dans leur organisation (63).

C. Les dérogations à la loi demeurent exceptionnelles

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 admet la possibilité d'une dérogation au principe qu'il énonce. Mais cette dérogation est prévue à titre « exceptionnel », de sorte qu'elle doit être appliquée strictement, sans interprétation.

L'article 3 du décret-loi du 29 octobre 1936 dispose clairement que l'interdiction du cumul d'activités ne s'applique pas à la production d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques (64).

Pourtant, le Conseil d'Etat n'en déduit pas que l'organisation de cette production est libre. Au contraire, il considère que l'ensemble du dispositif légal et réglementaire a « pour objet d'éviter les situations dans lesquelles les agents [publics] se trouveraient durablement liés par des liens de subordination ou d'intérêt à des organismes privés ». En conséquence, la production des œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques doit être « autonome », c'est-à-dire manifester la personnalité et les dons de l'auteur, émaner du seul savoir de l'agent, et non d'un système structuré qui établirait un lien de subordination avec un employeur (65).

Le juge administratif contrôle la réalité du caractère scientifique, littéraire ou artistique de l'activité (66). La charge de la preuve incombe à l'agent. Ainsi, un agent ayant exercé l'activité de photographe est valablement sanctionné car il ne peut soutenir que celle-ci est seulement artistique (67).

Par ailleurs, pour les activités d'enseignement soumises à autorisation, l'article 3 du décret-loi du 23 octobre 1936 exige qu'elles se rapportent à la nature des fonctions exercées par l'agent et non aux qualifications qu'il peut détenir en dehors du service (68).

Ainsi, un fonctionnaire rattaché au ministère de la Défense mais employé en qualité d'agent principal à l'établissement des subsistances de Challes-les-Eaux n'est pas fondé à contester le refus qui lui a été opposé d'enseigner le judo, alors même qu'il dispose du diplôme requis (69). De même, un agent contractuel de la DDE employé à la cellule du contentieux ne peut cumuler avec cet emploi les fonctions salariées de moniteur dans une auto-école, bien qu'il ait obtenu le certificat d'aptitude professionnelle requis (70).

D. La rémunération

Aucune disposition ne restreint le cumul entre une rémunération publique et une rémunération privée (71), exception faite pour les agents publics employés à temps non complet dans le cadre de la loi du 16 juillet 1984 et les architectes dans le cadre du décret du 27 avril 1981. L'agent public actionnaire d'une société commerciale pourra donc recevoir ses dividendes. S'il est inventeur pendant ses loisirs, il pourra percevoir des royalties ; s'il est créateur d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques, il pourra recevoir ses droits d'auteur (72) : il n'existe aucun plafond. En revanche, les jetons de présence attribués aux administrateurs d'une société commerciale ne peuvent être cumulés avec un traitement public (73).

L'absence de l'autorisation requise aura une conséquence importante sur les droits à rémunération de l'agent au titre de son traitement principal : sur instruction du comptable public, ce dernier pourra être suspendu sans que l'agent puisse se prévaloir de la règle du paiement après service fait et soutenir que son administration s'est enrichie à ses dépens (74).

E. Les sanctions encourues

L'agent qui enfreint les prescriptions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 s'expose à des poursuites disciplinaires. Mais la confusion qu'il établit entre ses fonctions publiques et son activité privée peut l'amener à des poursuites pénales.

1. La sanction disciplinaire

La transgression de l'interdiction posée par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 donne lieu à sanction disciplinaire. L'article 6 du décret-loi du 29 octobre 1936 est clair : « toute infraction aux interdictions édictées par les articles précédents entraînera obligatoirement des sanctions disciplinaires ». L'administration doit poursuivre, mais elle est souveraine dans le choix de la sanction, le juge n'exerçant qu'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation (75).

Aucune mise en demeure de cesser l'activité ne doit être délivrée par l'administration préalablement à l'engagement de la procédure disciplinaire (76). En pratique, la sanction est souvent prononcée parce que l'agent ne s'est pas plié à une telle mise en demeure (77). En outre, certaines décisions relèvent qu'il appartenait à l'exécutif local d'inviter le contrevenant à « régulariser sa situation administrative » au regard du dispositif légal et réglementaire (78). Plus largement, il est jugé que l'autorité administrative doit faire cesser la pratique illégale (79).

En revanche, il est fréquent que l'administration demande à l'agent d'opter entre une démission ou un abandon de l'activité en cause. Parfois, l'agent propose lui-même sa démission. L'article 24 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit que la démission présentée n'entraîne une radiation des cadres que si elle est « régulièrement acceptée », ce qui confère à l'autorité territoriale un réel pouvoir d'appréciation : il a été jugé que l'offre de démission présentée par un inspecteur des impôts, employé comme vérificateur dans le VIII^e arrondissement de Paris, pouvait être refusée au motif que le projet de prendre une activité au sein d'un cabinet de conseil fiscal dans le même arrondissement compromettrait le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service (80).

Eu égard à la gravité des faits (81), la sanction généralement admise est la révocation ou le licenciement. Le juge considère que l'agent n'est plus en mesure d'accomplir correctement sa mission. En effet, lorsque sa passion l'absorbe totalement, le fonctionnaire se place en dehors de son administration, laquelle est alors fondée à en tirer les conséquences. Parfois, les décisions rendues relèvent que l'activité exercée a généré des problèmes de ponctualité, d'absentéisme (82) et, de manière générale, une insuffisance de résultats (83).

En revanche, le juge considère que la sanction de la révocation est disproportionnée par rapport à la faute commise par l'agent lorsque celui-ci est de bonne foi.

Tel est le cas d'un agent, exploitant directement un restaurant, qui a manifesté son intention de cesser toute activité commerciale en informant sa hiérarchie de la situation mais n'a pu vendre rapidement son commerce pour des raisons indépendantes de sa volonté (84).

Tel est encore le cas d'un choriste de l'Opéra de Lyon, exclu de toute participation, qui s'était produit pour l'Opéra de Marseille mais avait informé son employeur, dans le cadre de la négociation de la rupture de son contrat, qu'il recherchait un autre engagement (85).

Certaines décisions font preuve de clémence en relevant la modicité des sommes perçues, le passé et la situation personnelle de l'agent (86).

La sanction du déplacement d'office peut être prononcée plutôt que la révocation (87). Par ailleurs, les faits justifiant la sanction prononcée sont considérés comme un manquement à l'honneur professionnel. En conséquence, le bénéfice d'une loi d'amnistie est exclu (88).

L'article 6 du décret-loi du 29 octobre 1936 impose à l'administration de récupérer auprès de l'agent les rémunérations irrégulièrement perçues, sous forme de retenues sur son traitement. Un titre exécutoire doit donc être émis sur ce fondement (89). Si l'intéressé n'est plus lié à son administration d'origine les sommes dues seront recouvrées directement (90).

2. Le risque pénal

Un agent public qui cumule son emploi avec une activité privée lucrative contrevient à l'article L.324-1 du Code du travail. Or, cette infraction est légalement réprimée par l'article R.362-4 du Code du travail par une peine de contravention de 5e classe, soit une amende de 450 à 900 euros.

Lorsqu'existe une confusion entre fonction publique et activité privée, l'agent s'expose au délit de prise illégale d'intérêts. En effet, selon les termes de l'article 432-12 du Code pénal, le fait pour un agent public de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont il a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende et ce, indépendamment de toute idée d'enrichissement personnel et de toute intention frauduleuse. Même les agents employés à temps non complet et exerçant une activité privée lucrative sont concernés (article 1er du décret du 6 janvier 2003).

Par ailleurs, l'agent sorti de la fonction publique – disponibilité ou cessation définitive des fonctions (91) – veillera à ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 432-13 du Code pénal, lequel réprime le « pantouflage ». Il ne peut exercer une profession dans une entreprise du secteur concurrentiel qu'il a eu à surveiller ou contrôler dans ses anciennes fonctions ou avec laquelle il est intervenu pour la passation de marchés ou de contrats avant l'expiration d'un délai de cinq ans, sous peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. La Commission consultative de déontologie de la fonction publique territoriale sera appelée à se prononcer préalablement sur la compatibilité de l'activité et de la fonction (92). Sans cette précaution, l'acte de nomination encourt l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir (93).

La réglementation sur les cumuls limite le droit au travail. Elle est un frein aux échanges de compétences nécessaires entre le secteur public et le secteur privé. Une réforme du décret-loi du 29 octobre 1936 est donc souhaitable dans le sens d'un plus grand assouplissement. Plusieurs textes ont apporté des atténuations au principe d'interdiction d'exercice d'une activité privée lucrative avec une fonction publique. Il paraît aujourd'hui utile de prévoir une harmonisation globale, ce qui n'a pas été le cas au lendemain du rapport déposé en 1999 par le Conseil d'Etat sur ce thème.

(1) A propos du statut de 1959: CE 8 février 1967, «Sieur Plagnol», R. 840.

(2) JO AN 7 novembre 1994, QE n° 16471, p. 5536.

(3) TC 2 décembre 1991, «Mme Paolucci», Req. n° 2682.

(4) CAA Lyon 3 octobre 1997, «Mme Yana», Req. n° 94LY01823.

(5) CE 19 janvier 1983, «Ville de Mulhouse c/M. Tifouti», Req. n° 26144.

(6) CE 22 février 1980, «Acquaviva», Req. n° 15288.

(7) JO AN 20 décembre 1993, QE n° 6366, p. 4645.

(8) Pour une application contentieuse à un personnel enseignant: CE 24 novembre 1982, «M. Delpy», Req. n° 11650; CE 24 novembre 1982, «M. Burki», Req. n° 27937.

- (9) CE 22 septembre 1997, «Association nationale des contractuels du secteur public», Req. n° 141244.
- (10) CE 7 avril 1993, «M. Berlin», Req. n° 121683: note de service du ministre de l'Education nationale interdisant aux psychologues scolaires d'ouvrir un cabinet de consultation relatif à cette activité.
- (11) CAA Lyon 5 juin 1988, «M. Boulard», Req. n° 95LY00267.
- (12) CE 27 janvier 1988, «M. Veil», Req. n° 53859.
- (13) A contrario: CE 4 mai 1988, «Ministre de l'Education nationale c/MM. Bruno, Lapeyre et Sauret», Req. n° 69496.
- (14) CE 13 février 1987, «Ministre de l'Education nationale c/M. Sztulman», Req. n° 69497.
- (15) CAA Paris 20 décembre 2002, «Mme de Carmoy», Req. n° 99PA01850.
- (16) CE 28 septembre 1988, «Lemennicier», R. 316.
- (17) CE 30 novembre 1994, «Moukouri», Req. n° 145078: rédacteur employé par un CCAS dispensant des consultations juridiques en sus de ses heures de travail à la demande du maire auprès des victimes d'une infraction pénale.
- (18) CE 22 mai 1992, «Giaconia», Req. n° 123625.
- (19) CE 8 novembre 1963, «Le Fay et Denis», R. 540.
- (20) CE 6 octobre 1976, «Badinter et Bredin», R. 394; CE 13 février 1987, «Sztulman», précité.
- (21) CE 3 décembre 1986, «Vinck», D. 1987, p. 260.
- (22) Conseil d'Etat, Avis du 9 février 1949, «Revue administrative» 1963, p. 375; Conseil d'Etat, Avis du 24 septembre 1952, cité in JO AN 27 avril 1998, QE n° 12441, p. 2386.
- (23) CE 20 janvier 1984, «M. Jean Baptiste», Req. n° 33411.
- (24) Cass. civ. 1re 31 janvier 1995, Bull. civ. 1, n° 62.
- (25) JO AN 27 avril 1998, QE n° 12441, précité.
- (26) CE 22 avril 1988, «M. Simon», Req. n° 61927: agent contractuel à l'Ugap ayant exercé les fonctions de P-DG d'une entreprise privée moyennant rémunération; CE 23 mai 2001, «M. Gobry», Req. n° 206102: administrateur de l'Insee exerçant les fonctions de président du conseil d'administration d'une société anonyme.
- (27) CE Avis 9 février 1949, précité; CE 15 décembre 2000, «Ministre de l'Education nationale c/Mme Guichard», R. 627: conseiller principal d'éducation administrateur d'une SA dont il a souscrit 25% du capital.
- (28) TA Versailles 4 juillet 1997, «M. Baja c/ministre de l'Equipement, du logement, des transports et du tourisme», Req. n° 96341: agent contractuel de la DDE gérant de trois sociétés, les statuts prévoyant sa rémunération et le remboursement des frais exposés. Confirmation: CAA Paris 7 octobre 1999, «M. Baja», Req. n° 97PA03079.
- (29) CE Avis 24 septembre 1952, n° 257734; CE 4 mars 1994, «Coutellier», Req. n° 122469.
- (30) CAA 2 juillet 1996, «M. Riguccini», Req. n° 94LY01821.
- (31) CE 20 janvier 1984, «M. Jean-Baptiste», Req. n° 33411.
- (32) CE 25 janvier 1995, «Garde des sceaux, ministre de la Justice», Req. n° 120726.
- (33) CE 24 janvier 1986, «Hodebert», Req. n° 45622; CE 22 avril 1988, «M. Simon», précité; CE 20 mai 1998, «M. Ramen», Req. n° 168488; CAA Paris 7 octobre 1999, «M. Baja», précité; CE 8 novembre 2000, «Thévenet», Req. n° 200835.
- (34) CAA Lyon 3 juin 2003, «M. Tardy», Req. n° 99LY02944.
- (35) CE 15 février 1999, «Centre hospitalier de Cannes c/Mme Siebenhüner; Souchard; M. Kindt; Mme Sconer» - quatre arrêts: Req. n° 190226 à 190229: infirmiers titulaires de la fonction publique hospitalière exerçant dans un établissement privé de convalescence.
- (36) JO AN 4 avril 1994, QE n° 11228, p. 1694.
- (37) CE 8 octobre 1990, «Ville de Toulouse c/M. Mirguet», R. 270; CE 22 mai 1996, «M. Decousu», Req. n° 147020.
- (38) CE Ass. 16 novembre 1956, «Sieur Renaudat», R. 435.
- (39) CE 23 octobre 1959, «Tordjman», R. 1015.

- (40) CAA Bordeaux 17 janvier 2000, «Département de la Gironde», Req. n° 97BX00923: directeur d'une SEM non démissionnaire engagé le 15 novembre 1992 par contrat ayant perçu un salaire jusqu'au 31 décembre 1992, licencié pour ce motif.
- (41) CAA Nantes 8 février 1995, «M. Rousseil», Req. n° 92NNT00850: formateur de CFA se livrant à une activité de forage avec le matériel de service.
- (42) CAA Nancy 6 avril 2000, «M. Oth», Req. n° 96NC01561.
- (43) CAA Lyon 5 juin 1998, «M. Boulard», précité.
- (44) CE 4 novembre 1994, «OPHLM de la Communauté urbaine de Strasbourg», Req. n° 145225.
- (45) CE 23 juin 1999, «Ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c/M. Herrmann», Req. n° 168157.
- (46) CE 4 mars 1994, «M. Couellier», précité.
- (47) JO AN 21 octobre 1979, QE n° 18407, p. 8685.
- (48) JO AN 18 février 2002, QE n° 66593, p. 956.
- (49) CAA Nancy 6 avril 2000, «M. Oth», précité.
- (50) CE 22 mai 1996, «M. Decousu», précité.
- (51) CE 8 octobre 1990, «Ville de Toulouse c/M. Mirguez», précité; CE 23 mai 2001, «M. Gobry», précité.
- (52) CE 3 novembre 1999, «M. Marajo», Req. n° 185474: analyste-programmeur recruté par un hôpital membre fondateur d'une SARL commercialisant une base de données et un service télématique sur le tourisme aux Antilles.
- (53) CAA Paris 7 octobre 1999, «M. Bajat», précité.
- (54) CE 15 décembre 2000, «Ministre de l'Éducation nationale c/Mme Guichard», Req. n° 148080: conseillère principale d'éducation administrateur d'une SA exploitant un établissement hôtelier dont elle avait souscrit 25% du capital et dont le mari était le directeur salarié.
- (55) CE 18 octobre 1961, «Wackenheim», R. 1075.
- (56) CE 28 novembre 1990, «M. Flecher», Req. n° 73790; CAA Marseille 5 octobre 1999, «Ministre de l'Économie, des finances et de l'Industrie», Req. n° 97MA01697.
- (57) CE 20 janvier 1984, «M. Jean-Baptiste», précité.
- (58) CE 19 janvier 1983, «Ville de Mulhouse c/M. Tifouti», précité.
- (59) CAA Nantes 2 octobre 2003, «M. Wroblewski», Req. n° 01NNT00018: gestion d'un complexe avec camping, chambres d'hôtes et point de vente de produits du terroir.
- (60) CE Sect. 3 mai 1963, «Alaux», R. 261.
- (61) CE 24 janvier 1986, «Ministre de l'Éducation nationale c/M. Hodebert», précité: maître auxiliaire dans un lycée exerçant une activité de collaborateur dans une agence d'architecture; CE 20 mai 1998, «M. Ramen», précité: agent hospitalier contractuel licencié pour avoir continué, malgré une mise en demeure, d'exercer à titre privé sa profession de masseur-kinésithérapeute.
- (62) CE 18 octobre 2000, «Hôpital de Mantes-la-Jolie», Req. n° 188322: aide-soignant titulaire à temps plein en service de nuit dans une maison de retraite publique, exerçant en CDI à raison de 169 heures par mois auprès d'un établissement privé d'hospitalisation à domicile; CAA Paris 27 novembre 2003, «M. Martinez», Req. n° 01PA529: sous-brigadier de la police national effectuant pendant son temps libre des activités de transfériste pour le compte de deux agences de voyages.
- (63) CE 23 juin 1999, «Ministre de l'Intérieur c/M. Herrmann», précité.
- (64) Articles L.112-2 et L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle.
- (65) CE 28 septembre 1988, «Ministre de l'Éducation nationale c/M. Lemennicier», précité: maître assistant titulaire à l'université de Paris IX exerçant des fonctions d'ingénieur chargé de recherche au Credoc, association régie par la loi du 1er juillet 1901: le refus d'autorisation de cumul est justifié dès lors que le contrat est imprécis sur la question de la production des œuvres scientifiques.
- (66) CE 20 juin 1973, «Gulilev», R. 423.
- (67) CE 8 octobre 1990, «Ville de Toulouse c/M. Mirguez», précité.
- (68) CE 4 mai 1988, «Ministre de l'Éducation nationale c/MM. Bruno, Lapeyre et Sauret», précité.
- (69) CE 22 mai 1992, «M. Giacomia», précité.
- (70) CE 22 mars 1991, «M. Boyer de la Giroday», Req. n° 96877.
- (71) Voir conclusions Fornacciari sur CE 25 janvier 1989, «Ministre de l'Éducation nationale c/M. Calamarte», précité.
- (72) JO AN 11 décembre 1995, QE n° 31607, p. 5249.
- (73) CE 23 mai 2001, «M. Gobry», précité.
- (74) CAA Paris 20 décembre 2002, «Mme de Carnoy», précité.
- (75) CE 19 janvier 1983, «Ville de Mulhouse c/M. Tifouti», précité.
- (76) CE 23 octobre 1959, «Torjiman», précité; CE 18 octobre 2000, «Hôpital de Mantes-la-Jolie», précité.
- (77) CE 23 juin 1982, «M. Mesnard», Req. n° 14568; CE 24 novembre 1982, «M. Delphy»; CE 24 novembre 1982, «M. Burki», précité; CE 20 mai 1998, «M. Ramen», précité.
- (78) CAA Marseille, 5 octobre 1999, «Commune d'Aubagne», Req. n° 97MA00681.
- (79) CE 18 février 1983, «Fédération nationale des syndicats d'agents d'assurance», R. 71.
- (80) CAA Paris 7 novembre 2000, «Mme Chopin c/Direction générale des impôts», Req. n° 99PA03113.
- (81) CE 15 février 1999, «Centre hospitalier de Cannes c/Mme Siebenhiner; Souchart; M. Kind; Mme Sconer»: annulation de l'avis émis par la commission des recours du Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière de ramener la révocation à un abaissement de trois échelons.
- (82) CE 19 janvier 1983, «Ville de Mulhouse c/M. Tifouti», précité.
- (83) Sur tous ces points: CE 23 mai 2001, «M. Gobry», précité.
- (84) CAA Marseille 5 octobre 1999, «Ministre de l'Économie, des finances et de l'Industrie, précité»: agent de recouvrement du Trésor contraint de placer son fonds de commerce en location-gérance à défaut de le vendre, puis qui a cherché en vain à le vendre puisque l'acquéreur pressenti n'a pu obtenir les concours bancaires nécessaires.
- (85) CAA Lyon 3 juin 2003, «M. Tardy», précité.
- (86) CE 22 mai 1996, «M. Decousu», précité.
- (87) CE 4 mars 1994, «M. Couellier», précité: sous-brigadier de police ayant exercé l'activité rémunérée de moniteur de ski pour le compte d'une association.
- (88) CAA Paris 27 novembre 2003, «M. Martinez», précité.
- (89) CAA Lyon 5 juin 1998, «M. Boulard», précité.
- (90) CE 22 avril 1988, «M. Simon», précité.
- (91) Pour la fonction publique territoriale, voir article 95 de la loi du 26 janvier 1984 et le décret n° 95-168 du 17 février 1995.
- (92) Article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.
- (93) CE 6 décembre 1996, «Société Lambda», Req. n° 167502: chef du service des affaires monétaires et financières à la direction du Trésor nommé sous-gouverneur au Crédit foncier de France.

Une analyse de **Jean-Paul Wauguier**, juriste territorial
au Conseil général des Deux-Sèvres

La Gazette des communes n°1740 - 3/5/2004 - 52/58