

Le cumul d'activités des agents publics

La loi de transformation de la fonction publique et ses mesures d'application ont réformé le cadre déontologique applicable dans la fonction publique. À l'heure où la rémunération des agents est au cœur de l'actualité réglementaire, l'exercice d'une activité lucrative demeure pour certains un moyen de compléter leur revenu. D'après le premier bilan du réseau national des référents déontologues des centres de gestion, la majorité des saisines porte sur les projets de cumul d'activités. Cet article se propose de rappeler les règles encadrant ces cumuls.

Les fonctionnaires et les agents contractuels travaillant pour un employeur public doivent, en principe, consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées dans le cadre de leur emploi. De ce principe, posé par l'article L. 121-3 du code général de la fonction publique (CGFP), découle l'interdiction pour eux, réaffirmée par l'article L. 123-1 du même code, d'exercer une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit.

Toutefois, par exception, le cumul d'autres activités en parallèle d'un emploi public est possible lorsqu'un texte le prévoit, soit sur autorisation de l'employeur, soit après déclaration préalable de l'agent, ou encore de plein droit sans formalité particulière, selon l'activité concernée.

Ces règles de cumul, prévues et encadrées par un chapitre dédié du CGFP ⁽¹⁾, sont précisées par le décret n° 2020-69

¹ Livre 1^{er}, titre II, chapitre III (ancien art. 25 *septies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

du 30 janvier 2020 ⁽²⁾, commun aux trois versants de la fonction publique. Il fixe les conditions dans lesquelles il peut être dérogé à l'interdiction d'exercer une activité privée lucrative, la liste des activités susceptibles d'être pratiquées à titre accessoire ainsi que les procédures d'autorisation ou de déclaration précédant leur exercice.

Pour les aider à respecter leurs obligations, notamment relatives au cumul d'activités, les agents détiennent le droit d'être conseillés par un référent déontologue. Les employeurs publics peuvent également s'appuyer sur cet acteur clé pour apprécier la compatibilité des projets impliquant la création ou la reprise d'une entreprise avec les fonctions exercées.

Ce cadre remanié est issu de la loi de transformation de la fonction de la fonction publique du 6 août 2019 ⁽³⁾, qui a significativement renforcé la responsabilité

des administrations en matière de contrôles déontologiques et des cumuls d'activités. Les obligations déontologiques et les règles qui s'imposent aux agents cumulant plusieurs activités demeurent en revanche globalement les mêmes, ainsi que les sanctions qu'ils encourent en cas de non-respect de ces principes et modalités d'exercice.

Le présent dossier traite exclusivement de la question du cumul d'activités durant l'exercice de l'emploi public et s'intéresse plus particulièrement aux règles applicables aux agents territoriaux. Les contrôles déontologiques sur les mobilités entre secteurs public et privé ont quant à eux été présentés dans les *IAJ* de mars 2020.

Ne sont pas non plus présentés les dispositifs du cumul emploi-retraite et du cumul d'emplois, qui relèvent de réglementations distinctes.

Le principe de non-cumul

La fonction publique se démarque du secteur privé par des principes déontologiques propres et des sujétions particulières. L'une de ces spécificités est la limitation de la liberté d'activité des agents publics, qui prévaut y compris en dehors du service, dans leur vie personnelle. À la différence des salariés ⁽⁴⁾, ils ne peuvent, en principe, exercer librement une activité lucrative annexe.

Le cadre déontologique

Cette interdiction de principe est posée par l'article L. 123-1 du CGFP, selon lequel « *l'agent public ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit sous réserve des dispositions des articles L. 123-2 à L. 123-8* ». Cette règle de non-cumul est cependant aménagée par des dérogations expressément prévues par les textes et strictement encadrées.

Cette limitation de la liberté des agents publics dans leurs activités privées découle de leurs obligations déontologiques, également inscrites dans le statut général des fonctionnaires, au titre II du livre 1^{er} du CGFP.

↳ L'exercice intégral de l'activité professionnelle au service de sa fonction publique

L'agent public est censé consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées par l'administration qui l'emploie ⁽⁵⁾. Selon une circulaire de 2008 relative au cumul d'activités, « *ce principe vise d'une part à dissuader les agents de négliger leurs obligations de service au bénéfice d'une activité étrangère aux missions du service public et, d'autre part, à éviter que des intérêts extérieurs ne les conduisent à méconnaître l'intérêt général dont ils sont les gardiens* » ⁽⁶⁾.

La notion d'intégralité est ainsi comprise comme une obligation de s'acquitter totalement et consciencieusement des tâches confiées dans le cadre de l'emploi public, considéré comme l'activité principale. Le régime

² Décret relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique, commenté dans les *IAJ* de mars 2020.

³ Loi n° 2019-828 du 6 août 2019, dont les principales dispositions applicables aux employeurs territoriaux ont été présentées dans les *IAJ* de septembre 2019.

⁴ Dans le respect des durées maximales légales de travail fixées par les art. L. 3121-16 à L. 3121-26 du code du travail et sous réserve des clauses contractuelles susceptibles de limiter leur liberté, les salariés du secteur privé peuvent cumuler plusieurs activités lucratives.

⁵ Art. L. 121-3 du CGFP.

⁶ Circulaire de la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) n° 2157, 11 mars 2008.

dérogatoire qui encadre les possibilités de cumul permet de s'assurer que l'agent concerné se consacre en priorité et principalement à ses missions (7).

Les activités cumulées présentent de ce fait un caractère secondaire et doivent être conciliables avec l'intérêt du service, qui prévaut sur l'intérêt particulier de la personne concernée. Elles ne doivent pas contrevenir aux obligations générales auxquelles sont soumis les agents publics.

➤ Le respect de la probité, de l'intégrité et autres principes déontologiques

Le cumul des fonctions avec des activités étrangères au service ne remet pas en cause les obligations déontologiques qui s'imposent aux agents publics et doivent être respectées en toutes circonstances.

En particulier, « l'agent public exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité », en vertu de l'article L. 121-1 du CGFP. Le principe de probité suppose de ne pas exercer ses fonctions dans le but d'en tirer un profit personnel. Il se rapproche de la notion d'intégrité, qui exige également de l'agent public d'exercer ses fonctions de manière désintéressée (8). Comme l'impartialité, ils s'appliquent surtout à l'occasion de l'exercice des fonctions.

Ces principes ont été consacrés par la loi du 20 avril 2016, qui a notamment renforcé les obligations déontologiques des agents publics (9). Pour assurer leur respect, cette loi a également prévu un dispositif de prévention des conflits d'intérêts.

D'autres principes déontologiques, comme l'obligation de réserve, le secret et la discrétion professionnels, doivent être tout particulièrement observés à l'occasion de l'exercice d'une activité annexe. L'exemplarité, corollaire de l'obligation de dignité, est attendue de l'agent concerné y compris en dehors du service.

LA NOTION DE CONFLIT D'INTÉRÊTS

 Art. L. 121-5 du CGFP

« Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions de l'agent public. »

➤ La prévention des conflits d'intérêts

Les agents publics doivent veiller à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles ils se trouvent ou pourraient se trouver, comme le leur impose l'article L. 121-4 du CGFP. La loi a défini les règles à suivre et a instauré une procédure pour se prémunir de ces situations (10).

C'est la prévention des conflits d'intérêts qui justifie les interdictions expresses dont est assorti le principe de non-cumul, énumérées au même article L. 123-1 du CGFP. Le désintéressement dont doit faire preuve l'agent justifie par exemple l'interdiction de prendre ou de détenir des intérêts de nature à compromettre son indépendance dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle il appartient ou en relation avec cette dernière.

Les personnes soumises aux règles relatives au cumul d'activités

Les règles propres au cumul d'activités dans la fonction publique s'imposent à l'ensemble des agents publics (11). Au sens de l'article L. 7 du CGFP, il s'agit des fonctionnaires, titulaires ou stagiaires, et des agents contractuels recrutés par contrat de droit public, ce qui exclut les vacataires (12).

L'article 1^{er} du décret du 30 janvier 2020 précise ce champ d'application. Dans le versant territorial, il s'étend aux catégories suivantes :

– les fonctionnaires des collectivités territoriales et de leurs établissements (y compris des établissements publics à caractère industriel et commercial),

7 Quest. écr. AN, 24 décembre 2019, n° 25451 (rép. min. JO AN, 7 avril 2020).

8 Rapport du Sénat n° 274 du 16 décembre 2015 sur le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (p. 32).

9 Loi n° 2016-483 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

10 Elles font l'objet de l'actuel chapitre II du titre II du livre I^{er} du CGFP.

11 C'est ce qui ressort des articles L. 121-1 et L. 123-1 du CGFP relatifs aux principes d'exclusivité et d'interdiction d'exercer une activité privée lucrative.

12 Les vacataires se distinguent des agents contractuels de droit public par le fait qu'ils ne sont pas recrutés pour occuper un emploi répondant à un besoin permanent, mais pour s'acquitter d'une tâche précise, ponctuelle et limitée à l'exécution d'actes déterminés : récemment, Conseil d'État, 2 décembre 2019, n° 412941.

– les agents publics contractuels (y compris les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales).

Certains agents contractuels de droit privé sont également concernés, bien qu'en principe, le CGFP ne leur soit pas applicable. Dans la fonction publique territoriale (FPT), il s'agit de personnes ayant opté pour l'application du code du travail à leur contrat en cours à la date du 13 avril 2000 (13), assurant des fonctions :

- du niveau de la catégorie C concourant à l'entretien ou au gardiennage de services administratifs,
- de même niveau concourant au fonctionnement de services administratifs de restauration.

Certains d'entre eux, encore en fonctions à ce jour sous CDI de droit privé, font l'objet des dispositions spécifiques relatives aux agents à temps non complet.

➤ Les règles de cumul selon la quotité de travail et le type d'emploi occupé

Ce régime du cumul d'activités s'applique aux agents travaillant à plein temps ou à temps partiel, occupant un emploi à temps complet ou à temps non complet.

Cependant, les agents occupant un emploi permanent à temps non complet ou incomplet d'une durée inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail bénéficient d'un régime assoupli (voir p. 11 et 12).

➤ Le cumul d'activités durant les congés

Les règles relatives au cumul d'activités s'appliquent aux agents en position d'activité et perdurent pendant les congés, qu'il s'agisse de congés annuels ou de congés pour raison de santé (14).

S'agissant des fonctionnaires territoriaux en congé de longue maladie ou de longue durée, l'interdiction de principe d'exercer une activité privée lucrative est renforcée puisqu'ils doivent cesser toute activité rémunérée, à l'exception de celles ordonnées et contrôlées médicalement par le médecin du travail au titre de la réadaptation, et des activités relevant de la production d'œuvres de l'esprit.

En revanche, le régime de cumul ne s'applique pas aux fonctionnaires en position de congé parental, ainsi que l'indique la circulaire de la DGAFP du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités. Ils doivent toutefois se consacrer à l'objet de leur congé, qui est d'élever leur enfant (15). La DGAFP indique que l'activité d'assistante maternelle pourrait ainsi être exercée, dans la mesure où elle est en lien avec le congé et ne porte pas atteinte à son objet. Pour s'assurer que l'activité du bénéficiaire du congé parental est réellement consacrée à élever l'enfant, l'autorité territoriale qui l'a accordé peut procéder à des enquêtes (16).

RAPPEL

LA DISTINCTION ENTRE LE TEMPS PARTIEL ET LE TEMPS NON COMPLET

Un emploi à temps non complet est un emploi permanent dont la durée hebdomadaire de service est inférieure à la durée légale du travail applicable au cadre d'emplois. Ce type d'emplois est créé pour répondre à un besoin spécifique de la collectivité ou de l'établissement. La durée hebdomadaire de service afférente à cet emploi est fixée en fraction de temps complet, exprimée en heures (par exemple, X 35%).

Dans ce cas, l'agent est recruté pour une durée de travail, inférieure à la durée légale du travail, qui lui est imposée. Il ne bénéficie pas de la possibilité d'exercer ses fonctions à temps partiel, sauf dans les cas où il est accordé de plein droit ou dans le cas du temps partiel thérapeutique.

L'exercice des fonctions à temps partiel répond à une sollicitation de l'agent de travailler sur un temps réduit. Il n'est pas imposé par l'employeur. Dans ce cas, il est possible à l'agent de retravailler à plein temps à l'issue de son temps partiel.

La quotité de travail à temps partiel est sans incidence sur l'application des règles relatives au cumul d'activités. En revanche, la fraction de la durée légale du travail afférente à l'emploi à temps non complet conditionne l'application des dispositions spécifiques (régime assoupli).

13 En application de l'article 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

14 Conseil d'État, 8 octobre 1990, n° 107762.

15 Art. L. 515-1 du CGFP.

16 Art. 33 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions statutaires des fonctionnaires territoriaux.

Dans la même logique, les activités exercées par les fonctionnaires stagiaires et les agents contractuels bénéficiant d'un congé parental sans rémunération ne relèvent pas des règles relatives au cumul d'activités. L'autorité territoriale peut toutefois contrôler à tout moment que le bénéficiaire du congé ne détourne pas le dispositif (17).

➤ Les situations particulières

Les fonctionnaires privés d'emploi pris en charge par le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) ou un centre de gestion demeurent soumis aux droits et obligations attachés à leur qualité de fonctionnaire. Le cumul d'activités leur est ouvert dans les conditions de droit commun.

S'agissant des agents suspendus de leurs fonctions pour avoir commis une faute grave, dans un arrêt de 1956, le Conseil d'État a considéré qu'ils étaient libérés de l'interdiction de cumul, compte tenu de l'impossibilité pour eux de poursuivre l'exercice de leurs fonctions (18). À l'époque, le statut général ne garantissait pas à l'agent suspendu le maintien de sa rémunération. Cette solution a été reprise dans une décision plus récente de cour administrative d'appel, bien que les dispositions actuelles prévoient le maintien du traitement des fonctionnaires suspendus pendant un minimum de quatre mois (19). Cette jurisprudence mériterait d'être confirmée.

Les agents contractuels, qui bénéficient désormais eux aussi du droit au maintien de leur rémunération lors d'une suspension de fonctions (20), se trouvent dans une situation similaire. Antérieurement, le juge leur avait reconnu la possibilité d'exercer une activité lucrative durant cette période (21).

Les sanctions disciplinaires d'exclusion temporaire de fonctions ont également un effet sur la situation de l'agent, puisqu'elles le privent de toute rémunération (22). Pourtant, durant cette période, il ne peut

percevoir d'allocations chômage, dans la mesure où sa situation ne caractérise pas une privation involontaire d'emploi au sens du code du travail (23). Le Conseil d'État considère en conséquence que, sous réserve de respecter ses obligations déontologiques, l'intéressé peut exercer un autre emploi tout en conservant son emploi public (24).

Pendant ces périodes, l'agent concerné demeure cependant lié au service public et soumis aux obligations du statut de la fonction publique. Il doit en conséquence observer la réserve qu'exige la qualité de fonctionnaire et s'abstenir, notamment, d'exercer toute activité incompatible avec ses fonctions.

Les interdictions générales

(art. L. 123-1 du CGFP)

Le principe de non-cumul formulé par la loi porte sur les activités privées lucratives. Ce caractère lucratif suppose que l'objectif de l'activité est d'en tirer un bénéfice. C'est cette absence de désintéressement qui est interdite à l'agent public.

Le fait de ne tirer aucun revenu d'une activité ne permet pas d'échapper à la réglementation sur le cumul. Ainsi, ni la circonstance que l'agent ne perçoive aucune rémunération, ni le caractère déficitaire d'une activité ne lui retirent son caractère lucratif (25).

Ce principe est assorti d'interdictions générales de cumuler un emploi public avec certaines activités privées lucratives, énumérées par l'article L. 123-1 du CGFP. Il ne peut y être dérogé en dehors des hypothèses expressément prévues par les textes.

La première interdiction porte sur la création ou la reprise d'une entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au registre national des entreprises en tant qu'entreprise du secteur des métiers et de l'artisanat ou affiliée au régime des travailleurs indépendants (régime micro-social).

Il existe des exceptions à cette interdiction générale, limitées par les textes à certains types d'activités, en termes de durée et de conditions d'exercice (activités

17 Art. 12 du décret n°92-1194 du 4 novembre 1992 ; Art. 14 du décret n° 88-145 du 15 février 1988

18 Conseil d'État, 16 novembre 1956, Renaudat.

19 Cour administrative d'appel (CAA) de Versailles, 19 juillet 2016, n° 15VE00556.

20 Nouvel art. 36 A du décret n° 88-145 du 15 février 1988, créé par le décret n° 2022-1153 du 12 août 2022.

21 CAA de Nancy, 6 décembre 2007, n° 06NC01565.

22 Art. L. 533-3 du CGFP s'agissant des fonctionnaires ; art. 36-1 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 s'agissant des agents contractuels de la FPT.

23 Conseil d'État, 29 janvier 2003, n° 227770.

24 Conseil d'État, 3 juin 2019, n° 424377.

25 Conseil d'État, 3 novembre 1999, n° 185474 ; Conseil d'État, 23 mai 2001, n° 206102 ; CAA de Nantes, 14 mai 2012, n° 11NT00871.

accessoires (26) et temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise (27)).

La deuxième interdiction concerne la participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif.

Tombent sous le coup de cette interdiction les activités de gérance, même en qualité d'associé d'une société de personnes ou d'une société à responsabilité limitée, par exemple, ainsi que la qualité de membre d'un organe collégial de direction (conseil d'administration, conseil de surveillance, directoire...).

Fait exception la participation de fonctionnaires ès qualités et sans contrepartie financière aux organes de direction d'organismes à caractère public ou à caractère privé reconnus d'utilité publique si elle est

expressément prévue par un texte (28). Dès lors que ces fonctions sont exercées au nom de la personne publique qui emploie l'agent, la participation est le prolongement ou l'un des aspects de sa mission, et non une activité accessoire cumulée à celle-ci. La possibilité pour les agents de siéger dans ce type d'organes au nom de leur administration a été rappelée lors de l'adoption de la loi du 20 avril 2016 (29).

De plus, cette disposition n'interdit pas aux agents publics de détenir des parts sociales au sein de sociétés civiles ou commerciales ni de gérer leur patrimoine. À ce titre, ils peuvent librement diriger une société civile immobilière (SCI) constituée pour la gestion de leurs biens personnels (30).

La troisième interdiction se rapporte aux consultations, expertises et au fait de plaider en justice dans les litiges intéressant les personnes publiques, y compris devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ne relevant pas du secteur concurrentiel.

Sous cette réserve, les agents publics peuvent être autorisés par leur employeur à exercer une activité de consultant ou d'expert. Dans ce cas, l'activité en question relève du régime des activités accessoires (voir page 12 et suivantes).

La quatrième interdiction vise les conflits d'intérêts, puisqu'est prohibée la prise ou la détention d'intérêts de nature à compromettre l'indépendance de l'agent, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou en relation avec elle, directement ou par personnes interposées.

La cinquième interdiction concerne le cumul d'emplois publics, c'est-à-dire le cumul d'un emploi permanent à temps complet avec un ou plusieurs autres emplois à temps complet.

LES INTERDICTIONS GÉNÉRALES



Art. L. 123-1 du CGFP (extrait)

« Il est interdit à l'agent public :

- 1° De créer ou de reprendre une entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou affiliée au régime prévu à l'article L. 613-7 du code de la sécurité sociale ;
- 2° De participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif ;
- 3° De donner des consultations, de procéder à des expertises ou de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ne relevant pas du secteur concurrentiel ;
- 4° De prendre ou de détenir, directement ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle il appartient ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre son indépendance ;
- 5° De cumuler un emploi permanent à temps complet avec un ou plusieurs autres emplois permanents à temps complet. »

26 Art. L. 123-7 du CGFP.

27 Art. L. 123-8 du CGFP.

28 Circulaire de la DGAFF n° 2157 du 11 mars 2008.

29 Étude d'impact du 16 décembre 2013 (p. 30) et rapport du Sénat n° 274 du 16 décembre 2015 (p. 52) sur le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

30 Étude d'impact (p. 30) et rapport (p. 43 et 52) précités.

FOCUS SUR LE CUMUL D'EMPLOIS

Le cumul d'emplois désigne le fait d'occuper deux emplois publics ou davantage. Il se distingue du cumul d'activités qui recouvre l'exercice d'une activité privée ou publique annexe.

Les emplois publics susceptibles de faire l'objet d'un cumul d'emplois sont des emplois permanents à temps non complet, créés par délibération de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement pour répondre à un besoin correspondant à une durée hebdomadaire inférieure à la durée légale du travail.

Le cumul de plusieurs emplois permanents à temps complet est interdit par l'article L. 123-1 du CGFP.

Le décret n° 91-298 du 20 mars 1991 précise les possibilités de cumul d'emplois à temps non complet*.

Le cumul d'un emploi permanent à temps complet avec un emploi à temps non complet est possible sous condition :

- l'emploi à temps non complet doit se situer hors de la collectivité ou de l'établissement qui rémunère l'agent à temps complet,

- la durée totale de service ne doit pas excéder de 15 % la durée d'un emploi à temps complet.

Le cumul de plusieurs emplois permanents à temps non complet est possible sous condition :

- la durée totale de service ne doit pas excéder de plus de 15 % celle afférente à un emploi à temps complet.

Ce plafonnement s'applique à tous les emplois permanents occupés, qu'ils le soient en qualité de fonctionnaire ou d'agent contractuel**. Il s'agit d'une règle spécifique au cumul d'emplois, qui ne s'applique pas au cumul d'activités, même si l'activité annexe est exercée auprès d'une personne publique.

* Art. 8 et 9, décret n° 91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet.

** Conseil d'État, 29 juillet 1994, n° 142967 et 142968 ; Quest. écr., Sénat, 29 janvier 2009, n° 07239 (rép. min., JO Sénat, 26 mars 2009).

Les dérogations au principe d'interdiction de cumul

Les activités librement exercées

Certaines activités ne sont pas concernées par les restrictions en matière de cumul. Elles peuvent s'exercer en dehors de toute déclaration préalable ou demande d'autorisation. Il s'agit de libertés essentielles rappelées par la loi.

➤ La production d'œuvres de l'esprit (art. L. 123-2 du CGFP)

La production des œuvres de l'esprit s'exerce ainsi librement, dans le respect des dispositions relatives au droit d'auteur et du secret et de la discrétion professionnels auxquels sont tenus les agents.

Le respect des principes déontologiques s'étend évidemment à l'obligation de réserve, comme l'illustre l'affaire très médiatisée d'une administratrice territoriale sanctionnée pour manquement à ce principe, pour avoir écrit sous pseudonyme un pamphlet sur l'administration territoriale (31).

Sont considérées comme des œuvres de l'esprit, au sens du code de la propriété intellectuelle, les œuvres protégées par le droit d'auteur, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. Une liste non exhaustive est dressée par son article L. 112-2.

L'article L. 112-3 du même code étend cette protection aux traductions, adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit, ainsi qu'aux anthologies ou aux recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.

Toutefois, pour revêtir la qualification d'œuvre de l'esprit, l'activité en cause doit revêtir un caractère artistique ou original.

31 La sanction d'exclusion temporaire de fonctions de 10 mois, dont 6 mois avec sursis, a été confirmée par le tribunal administratif (TA) de Bordeaux, 31 décembre 2012, n° 1003360.

Par exemple, l'activité de traduction peut être regardée comme une œuvre de l'esprit si l'écriture manifeste la personnalité du traducteur, comme c'est le cas d'une traduction d'œuvre littéraire. La traduction d'articles de presse, en revanche, ne remplit pas ce critère.

De la même manière, à condition de présenter une certaine originalité, l'écriture d'articles de journaux pourra être considérée comme une œuvre de l'esprit, au titre de la protection des œuvres littéraires. À l'inverse, une simple information transmise par un correspondant local de presse, dont le rôle consiste à collecter et à transmettre des informations de proximité, ne revêt pas cette qualité (32).

Ainsi, un agent ne peut librement exercer l'activité de photographe cumulativement à son emploi si cette activité ne revêt aucun caractère artistique, alors même que les œuvres photographiques sont considérées comme des œuvres de l'esprit au sens du code de la propriété intellectuelle (33).

En outre, l'agent doit demeurer indépendant, ce qui suppose qu'il soit rémunéré à l'acte et ne bénéficie pas d'un véritable contrat de travail, ceci afin d'éviter qu'il se trouve durablement attaché à des organismes privés par des liens de subordination ou d'intérêts (34).

➤ Les professions libérales découlant des fonctions artistiques ou d'enseignement (art. L. 123-3 du CGFP)

Les professions libérales regroupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, des activités de travailleur non salarié ayant pour objet d'assurer des prestations dans l'intérêt d'un client (clientèle ou patientèle) ou d'un public. Elles peuvent être exercées sous deux grandes catégories de formes juridiques, l'entreprise individuelle ou la société, et peuvent ou non être réglementées (35). La plupart des prestations libérales sont de nature médicale, intellectuelle, juridique ou technique.

Certains agents publics, avec des fonctions particulières, peuvent exercer une profession libérale si elle découle de la nature de ces fonctions. Il s'agit des membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement ou pratiquant des activités à caractère artistique.

Cette condition suppose un lien réel et suffisamment étroit entre la profession libérale et la nature des fonctions de l'agent.

Par exemple, un instituteur affecté au centre régional de formation des maîtres pour l'enfance inadaptée, dont les missions consistaient à dispenser un enseignement sur les divers courants de la psychologie à l'école, n'a pu poursuivre l'exercice libéral de la profession

LES ŒUVRES DE L'ESPRIT

Art. L. 112-1, code de la propriété intellectuelle

« Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code :

- 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;
- 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ;
- 3° Les œuvres dramatiques ou dramato-musicales ;
- 4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ;
- 5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ;
- 6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;
- 7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;
- 8° Les œuvres graphiques et typographiques ;
- 9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;
- 10° Les œuvres des arts appliqués ;
- 11° Les illustrations, les cartes géographiques ;
- 12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;
- 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;
- 14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure... »

32 Quest. écr. AN, 17 juillet 2018, n° 10767 (rép. min. JO AN, 16 octobre 2018).

33 Conseil d'État, 8 octobre 1990, n° 107762.

34 *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, rapport du Conseil d'État, 1999 (p. 27).

35 Pour une définition des professions libérales réglementées, voir art. 29, loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

de psychanalyste parallèlement à ses fonctions (36). En revanche, cette même activité libérale exercée par des enseignants universitaires en psychologie clinique a été regardée comme découlant de leurs fonctions d'enseignement (37).

Dans la FPT, les membres des cadres d'emplois de l'enseignement artistique bénéficient de ce régime, sous réserve que l'activité soit bien exercée sous la forme libérale.

L'EXCEPTION DES MISSIONS DE CONCEPTION ET DE MAÎTRISE D'ŒUVRE EXERCÉES PAR LES ARCHITECTES

La loi prévoit d'autres exceptions au régime de droit commun au titre de dispositions particulières*.

Les architectes ayant la qualité d'agent public employé à temps plein peuvent ainsi exercer sous la forme libérale, indépendamment de leur activité principale, sans que puisse être mise en cause leur indépendance d'agents publics, des missions de conception et de maîtrise d'œuvre pour le compte d'autres collectivités publiques ou de personnes privées**.

D'une manière générale, ces cumuls d'activités sont possibles sous réserve d'être exercés à titre individuel, lorsque le statut ou le contrat de l'agent ne l'interdit pas.

Toutefois, ils ne sont pas entièrement libres puisque l'architecte agent public doit obtenir au préalable, pour chaque mission, l'autorisation écrite de l'autorité hiérarchique dont il relève. De plus, il existe des restrictions particulières relatives à l'aire géographique où il exerce sa compétence en cette qualité. Ces missions s'exercent dans les conditions fixées par le décret n° 81-420 du 27 avril 1981***.

* Art. 23, VI de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

** Art. 14, loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

*** 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'État ou des collectivités publiques.

36 Conseil d'État, 22 juillet 1992, n° 116418.

37 Conseil d'État, 4 mai 1988, n°69 496 et 13 février 1987, n° 69497.

38 Art. 10 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020.

39 Quest. écr. AN, 14 juillet 1979, n° 18407 (rép. min. JO AN, 21 octobre 1979).

40 Art. L. 718-4 à L. 718-6 du code rural et de la pêche maritime.

Les activités accessoires librement exercées

L'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif

est libre, sous réserve des interdictions prévues par l'article L. 123-1 du CGFP, et à condition de ne pas porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ni placer l'intéressé en situation de prise illégale d'intérêts (38).

Pour indication, selon l'article 432-12 du code pénal, constitue une prise illégale d'intérêts « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ».

Les fonctions de syndic bénévole de copropriété

peuvent être librement exercées par un agent public, même si le contrat prévoit le défraiement et la rémunération du syndic au titre de ces fonctions exercées à titre non professionnel. Ainsi que précisé dans une réponse écrite du Premier ministre, « *à condition que les fonctions de syndic de copropriété aient un caractère occasionnel, se limitent à la seule administration de la copropriété de l'immeuble dont le fonctionnaire est lui-même copropriétaire et enfin qu'elles soient compatibles avec l'exercice normal de l'emploi dont l'intéressé est titulaire, ces fonctions ne peuvent être assimilées à une activité privée lucrative* » (39).

Cette liberté rencontre celle dont jouit par ailleurs l'agent public de gérer son patrimoine (voir encadré page suivante).

Des dispositions particulières permettent enfin le libre exercice de certaines activités accessoires.

Les travaux de vendanges, qui s'entendent des préparatifs, de la réalisation des vendanges, jusqu'aux travaux de rangement qui leur succèdent, peuvent également être réalisés sans autorisation. Les agents publics qui souhaitent y participer doivent conclure un contrat « *vendanges* », contrat de droit privé à durée déterminée, en principe d'un mois maximum. Plusieurs contrats peuvent se succéder sans que leur cumul n'excède deux mois sur une période d'une année (40).