

N° 413615

M. D...

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 12 avril 2019

Lecture du 6 mai 2019

CONCLUSIONS

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Un agent d'une chambre de commerce et d'industrie peut-il cumuler son activité avec un mandat de président de conseil d'administration d'une caisse régionale de crédit agricole ?

1. M. D...exerçait, depuis le 1^{er} janvier 1989, au sein de la chambre de commerce et d'industrie (CCI) Grand Lille, les fonctions de directeur général adjoint et de directeur des ports et parcs. En mars 2011, il a demandé au président de la CCI son accord pour présenter sa candidature à la présidence du conseil d'administration de la caisse régionale du crédit agricole, dont il était déjà administrateur. Il avait alors précisé que si sa candidature était retenue, elle ne serait pas rémunérée et ne porterait aucune atteinte aux intérêts de la CCI.

Cet accord lui a été donné, sous la réserve expresse que ce mandat soit exercé à titre gratuit, sauf à méconnaître l'article 1^{er} du statut des personnels des CCI. Cet article interdit le cumul d'un emploi au sein d'une chambre consulaire avec une autre activité professionnelle. En d'autres termes, son employeur a estimé que l'exercice non rémunéré de ce mandat pouvait être autorisé, parce qu'il ne pouvait alors être regardé comme une activité professionnelle au sens de ces dispositions.

M. D...a candidaté et il a été élu. Mais le président de la CCI a eu connaissance de ce qu'il avait perçu, dans le cadre de l'exercice de ce mandat, entre avril et décembre 2011, une indemnité compensatrice de temps passé d'un montant de plus de 50 000 euros (soit plus de 6300 euros par mois sur cette période) et qu'il avait, en outre, bénéficié d'un véhicule de fonction et d'un régime de retraite spécifique. Le président de la CCI a prononcé, le 6 novembre 2012, la sanction de la révocation. Le tribunal administratif de Lille, confirmé par la cour administrative d'appel de Douai, a rejeté la demande présentée par M. D...tendant à l'annulation de cette décision.

2. Un premier groupe de moyens portant sur la légalité externe de cette décision ne vous retiendra pas longtemps.

Premièrement, M. D... soutient que l'arrêt est entaché d'erreur de droit et est insuffisamment motivé en ce qu'il écarte le moyen tiré de ce que la révocation est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière, méconnaissant les principes d'indépendance et d'impartialité. Toutefois, d'une part, vous jugez que les organes qui sont seulement consultés dans le cadre d'une procédure de sanction ne peuvent être regardés comme des tribunaux au sens de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (25 mars 2002, M. B..., n° 237100 et 23 juillet 2010, M. C..., n° 333553, aux Tables sur ce point, conclusions Pdt Boulouis). D'autre part, il est de

jurisprudence constante dans le champ des sanctions disciplinaires à l'encontre des agents publics que la même autorité peut à la fois engager les poursuites, présider la commission consultative compétente et prononcer la sanction (11 mai 1960, ministre de l'agriculture c/Laniez (p. 316) et 7 février 2003, ministre de l'éducation nationale c/ Mme A..., n° 232217, aux Tables, conclusions Emmanuelle Prada-Bordenave).

Deuxièmement, la cour n'a ni dénaturé les pièces du dossier, ni commis d'erreur de droit en estimant que la circonstance que le président de la CCI avait exprimé publiquement sa position sur l'objet du litige n'avait porté atteinte ni au principe d'impartialité subjective, ni à la présomption d'innocence, après avoir relevé que ses déclarations étaient factuelles et ne manifestaient aucune animosité à l'égard de l'intéressé.

Enfin, les textes ne prévoient pas que la personne faisant l'objet de la procédure disciplinaire soit entendue par la commission paritaire locale. L'article 37 du statut des personnels de CCI prévoit que les sanctions les plus lourdes doivent être prononcées après avis de cette commission. Mais il n'impose pas que la personne soit entendue par cette dernière. L'intéressé doit évidemment pouvoir présenter sa défense, ce que les textes prévoient, et ce devant le président de la commission paritaire locale. Par ailleurs, si le délai laissé à la commission pour prendre connaissance des observations écrites de M. D... était certes plus court que celui prévu par les textes et caractérisait ainsi un vice de procédure, la cour a fait application, sans erreur de droit ni dénaturation, de votre jurisprudence Danthony en estimant que le délai n'avait, dans les circonstances de l'espèce, ni privé l'intéressé d'une garantie, ni exercé une influence sur le sens de la décision.

3. Nous en venons au moyen le plus substantiel de ce pourvoi. Il porte sur l'existence d'une faute à avoir exercé le mandat d'administrateur en cumul.

L'appréciation d'une sanction par le juge de cassation le conduit à opérer un raisonnement bien connu en trois temps – l'appréciation des faits, leur qualification en faute, la sanction prononcée - en exerçant, à chaque étape, un contrôle différent (27 février 2015, La Poste, n° 376598, au Recueil ; *Assemblée, 30 décembre 2014, B...*, n° 381245, au Recueil).

M. D... ne conteste pas les faits mais il critique leur qualification en faute, ainsi que la sanction retenue. C'est sur la caractérisation de la faute que la solution mérite de s'attarder.

Citons la cour : « eu égard à son montant, à la régularité de son versement et à son caractère forfaitaire, l'indemnité qui a été versée en l'espèce à M. D... par la caisse régionale du Crédit Agricole dont il est devenu le président du conseil d'administration, doit, quelle que soit la qualification juridique qui lui a été donnée par l'établissement bancaire, être regardée non comme ayant la nature d'une indemnité destinée à compenser des sujétions excédant l'exercice habituel et à titre gratuit des fonctions de président de conseil d'administration, mais comme ayant celle d'une rémunération fixe versée en contrepartie de l'exercice même de ces fonctions ; qu'ainsi, dans les circonstances de l'espèce, le mandat de président de conseil d'administration exercé par M. D... doit être regardé, alors même qu'il n'occuperait pas l'intéressé durant des périodes continues, comme ayant la nature d'une activité professionnelle au sens et pour l'application des dispositions précitées de l'article 1^{er} du statut du personnel des chambres de commerce et d'industrie ».

M. D... soutient que le mandat qui lui a été confié ne pouvait être regardé comme constituant une activité professionnelle et que l'indemnité compensatrice qui lui était versée n'avait pas le caractère d'une rémunération.

4. La situation des agents des CCI est régie par les textes pris en application de la loi du 10 décembre 1952 relative à l'établissement obligatoire d'un statut du personnel administratif des chambres d'agriculture, de commerce et des chambres des métiers (Section, 29 novembre 1991, C..., n° 86346, au Recueil et, plus récemment, 21 novembre 2014, Chambre de commerce et d'industrie Nice-Côte d'Azur, n° 375121, aux Tables sur ce point).

L'article 1^{er} du statut des personnels de CCI interdit le cumul d'un emploi au sein d'une compagnie consulaire et d'une autre activité professionnelle. Il renvoie à quelques exceptions prévues à l'article 1 bis, mais elles ne nous intéressent pas ici, si ce n'est pour relever qu'elles sont strictement et limitativement énumérées.

Ce qui est interdit par cet article 1^{er}, ce n'est pas le cumul avec toute autre activité, mais le cumul avec une « activité professionnelle ».

De ce terme général, trois options semblent pouvoir être retenues :

- soit considérer que, par principe, un mandat d'administrateur est incompatible avec un emploi en CCI, parce qu'il constitue nécessairement une « activité professionnelle »,
- soit considérer que l'exercice de ce mandat n'est pas interdit par principe, mais seulement s'il est accompagné du versement d'une indemnité, laquelle serait par principe et quel que soit son montant, une rémunération,
- soit retenir une approche plus circonstanciée, tenant compte des conditions dans lesquelles l'indemnité est versée, en termes de montant et de régularité, pour la qualifier, le cas échéant, de rémunération.

La cour a retenu la troisième option : elle a fait de la rémunération effectivement perçue le critère déterminant pour estimer que l'activité devait être interdite.

Cette approche pourrait être pertinente, de façon générale, pour qualifier une activité de professionnelle ou non. Un faisceau d'indices permettant de caractériser une activité de professionnelle peut en effet s'avérer utile. Votre jurisprudence a ainsi déjà vérifié l'existence d'une rémunération (voyez notamment, a contrario, 26 juin 1987, L..., n° 75569, aux Tables) ou encore la réitération de l'activité (25 janvier 1995, Garde des sceaux c/ L..., n° 120726).

Mais le cas est ici plus précis : l'activité concerne un mandat d'administrateur, dans une caisse régionale de crédit agricole.

L'organisation et le fonctionnement de ces caisses était régie par le code monétaire et financier, et notamment par l'article L. 512-36 qui, dans sa rédaction applicable au litige, pose le principe de gratuité des fonctions de membres du conseil d'administration, « *sous réserve du remboursement à ces membres, le cas échéant, et sur leur demande, des frais spéciaux nécessités par l'exercice de leurs fonctions et de l'attribution éventuelle, à l'administrateur spécialement chargé d'exercer une surveillance effective sur la marche de la société, d'une indemnité compensatrice du temps passé, fixée chaque année par l'assemblée générale.* »

L'indemnité compensatrice de temps passé relève ainsi d'une dérogation au principe de la gratuité des fonctions de membre du conseil d'administration de ces caisses.

L'indemnité dite « compensatrice du temps passé », est assimilée à une rémunération par la jurisprudence, dans différents champs.

Dans le champ social, d'abord, le juge judiciaire retient que les « indemnités compensatrices de temps passé » versées aux administrateurs spécialement chargés d'exercer une surveillance effective sur la marche de la société « constituent un revenu professionnel » (chambre sociale, 26 janvier 2005, n° 02-14.258).

Dans le champ fiscal, ces indemnités ont donné lieu à des traitements variables, mais elles ont toujours été considérées comme des rémunérations par l'administration fiscale et par la jurisprudence (voyez vos décisions en chambres réunies : 14 juin 1982, X, n° 22300 ; 17 mai 1989, D..., n° 63487).

Dans le champ de la fonction publique enfin, qui nous intéresse plus directement, la loi du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* prévoyait dès son origine que les fonctionnaires « ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit » (article 25). Cette interdiction a été précisée par la loi du 2 février 2007 (article 25) en indiquant que « sont interdites, y compris si elles sont à but non lucratif, les activités suivantes » en citant la « participation aux organes de direction » de sociétés ou d'associations. La dernière évolution est intervenue avec la loi du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, qui a confirmé (article 25 septies) cette interdiction pour les organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif seulement. De plus, s'agissant des coopératives, l'article 8 de cette même loi du 20 avril 2016 a complété l'article 6 de la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération afin de réserver expressément le cas des fonctions de membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une coopérative en disposant qu'elles ne constituent pas une activité privée lucrative au sens de l'article 25 septies précité. Il est donc aujourd'hui possible pour un fonctionnaire de cumuler son emploi avec la participation aux organes de direction d'une coopérative.

Toutefois, deux limites nous empêchent d'en faire ici application. La première est que cette nouvelle législation applicable aux fonctionnaires n'a pas été étendue expressément aux agents des CCI. Nous pourrions toutefois être tentée de vous proposer de leur étendre ce principe. Mais - c'est la seconde limite - cette rédaction issue de la loi du 20 avril 2016 n'est pas applicable au litige.

Pour raisonner par analogie entre fonctionnaires et agents des CCI, nous devons donc nous situer sous l'empire des dispositions antérieures applicables aux fonctionnaires. Or, elles interdisaient, et ce expressément depuis la loi de 2007, la participation à des organes de direction, sans exception pour les coopératives.

Avant même que cette précision figure dans la loi, votre jurisprudence avait retenu un principe d'interdiction d'exercer un tel mandat pour les fonctionnaires.

Vous avez jugé que les fonctions d'administrateur d'une société à but lucratif étaient visées par l'interdiction de cumul non seulement lorsqu'elles étaient rémunérées (22 avril 1988, Simon, n° 67297 pour des fonctions de PDG d'une entreprise privée), mais aussi lorsqu'elles ne donnaient pas lieu à rémunération (3 novembre 1999, M..., n° 185474, aux Tables et 15 décembre 2000, Ministre de l'éducation nationale c/ Mme F..., n° 148080, au Recueil).

S'agissant d'une SA dans un cas et d'une SARL dans l'autre, vous avez posé ce principe d'interdiction au regard du caractère lucratif de l'activité et de la détention de parts, même sans bénéfice dégagé.

Cette jurisprudence M...-F... est-elle directement transposable d'une part aux agents des CCI et d'autre part à un mandat d'administrateur d'une caisse de crédit agricole ?

S'agissant d'abord de la rémunération de l'activité, la jurisprudence retient certes l'interdiction de cumul même sans rémunération, mais il faut relever que dans les cas précités, le mode de rémunération n'est pas totalement identique à celui qui nous est soumis aujourd'hui (la détention de parts potentiellement rémunératrice d'un côté, une indemnité compensatrice du temps passé de l'autre).

S'agissant des agents concernés, les dispositions ne définissaient pas le principe d'interdiction en des termes identiques. Pour les fonctionnaires, il s'agissait d'une activité à but lucratif alors que pour les agents des CCI, le statut évoque une activité professionnelle. Mais l'objectif visé nous semble en réalité très proche.

S'agissant ensuite des structures concernées, vos jurisprudences se sont prononcées dans le cas de SA ou SARL, et pas expressément dans celui d'une société coopérative¹. Mais, avec une caisse régionale de crédit agricole, nous sommes en présence d'un établissement de crédit, qui exerce l'activité bancaire agricole. L'assimilation, pour l'application des dispositions qui nous intéressent, à des sociétés à but lucratif est donc pertinente.

Au total, votre jurisprudence interdisant le cumul avec un mandat d'administrateur, même non rémunéré, nous semble ainsi devoir être transposée aux agents des CCI, même si elle ne va pas totalement de soi.

Outre l'analogie avec votre jurisprudence applicable aux fonctionnaires, nous allons dans cette direction pour deux raisons : d'abord, à la lumière de l'évolution des textes. L'article 25 (devenu ensuite 25 septies) de la loi du 13 juillet 1983, dans sa rédaction applicable au litige, a en réalité consolidé la jurisprudence et il retient l'interdiction de participation à un organe de direction.

Ensuite car au-delà de la lettre des textes, l'interdiction de cumul vise deux objectifs : d'une part, éviter un conflit d'intérêt, d'autre part, s'assurer que l'agent public consacre son temps à son activité publique. Si cette seconde préoccupation suppose une récurrence ou une régularité de l'activité envisagée, la première concerne le principe même du cumul. Rémunérée ou non, la participation à un organe de direction d'une société pose en soi une question en termes de conflit d'intérêts.

Certes, il est possible qu'un administrateur ne bénéficie pas d'une telle indemnité, voire y renonce. Ce n'est pas une hypothèse d'école, dès lors que le texte de l'article L. 512-36 du code monétaire et financier prévoit l'attribution « éventuelle » d'une telle indemnité. Mais il reste la question du conflit d'intérêts, que la loi a entendu prévenir.

¹ En application de l'article L. 512-20 du code monétaire et financier, les caisses locales et régionales de crédit agricole sont des sociétés coopératives.

Nous vous proposons donc de retenir que le cumul de l'emploi d'agent de CCI avec un mandat de président du conseil d'administration d'une caisse régionale de crédit agricole était interdit, même sans rémunération.

Cette solution pourrait peut-être évoluer si vous décidiez, sous l'empire des dispositions nouvelles, de permettre une dérogation pour les coopératives. Mais ce que vous jugerez a vocation, en tout état de cause, à éclairer la notion large – pour ne pas dire imprécise – d'« activité professionnelle », en posant le principe de l'interdiction du cumul de l'emploi d'agent de CCI avec la participation à un organe de direction d'une société à but lucratif.

En l'espèce, la solution s'impose quel que soit le terrain – avec ou sans rémunération – que vous retiendrez. L'indemnité est d'un montant de plus de 6 000 euros par mois, elle revêt un caractère forfaitaire, elle est inscrite dans un « tableau des rémunérations et des options et actions attribuées à chaque dirigeant mandataire social », au titre des « rémunérations fixes dues au titre de l'exercice ». Et deux éléments confortatifs résident dans l'existence d'un véhicule de fonction et le bénéfice d'un régime de retraite.

Au total, nous n'avons aucun doute sur le bien-fondé de la solution retenue par la cour en l'espèce, et nous pensons que l'activité, même sans rémunération, devait être interdite.

Eu égard aux circonstances de l'espèce, c'est-à-dire à l'engagement pris par l'intéressé d'exercer ses fonctions à titre gratuit et à la rémunération finalement perçue, la cour a exactement qualifié les faits s'agissant de l'existence d'une faute.

Enfin, la sanction retenue ne nous paraît pas hors de proportion. Certes, il s'agit de la sanction la plus lourde. Certes, M. D... a travaillé pendant 23 ans à la CCI. Certes, une autre option aurait été de lui demander de choisir entre les deux fonctions et, le cas échéant, de renoncer à son mandat. Mais dès lors que la faute résidait dans l'existence même du cumul des activités, le choix de la sanction était assez automatique pour y mettre fin, a fortiori après un engagement non respecté de la part de l'intéressé. Vous avez déjà retenu à plusieurs reprises que la révocation était justifiée en cas de cumul d'emplois prohibé, sauf dans des circonstances très particulières (14 décembre 1984, B..., C, n° 27580, conclusions du Président Stirn, 8 février 1967, Centre hospitalier de Cannes C/ Mme E..., n° 190229).

Enfin, dans la poursuite de ce raisonnement, la cour a, sans erreur de droit, rejeté les demandes indemnitaires de M. D....

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi
- et à ce que M. D...verse à la CCI Grand Lille une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.