N° 475767
M. C...

4ème et 1ère chambres réunies

Séance du 12 juillet 2024
Lecture du 24 juillet 2024

Conclusions

M. Jean-François de MONTGOLFIER, Rapporteur public

Le décret-loi du 29 octobre 1936 a fait interdiction aux agents publics d'occuper un emploi privé rétribué ou d'effectuer à titre privé un travail moyennant rémunération. Son article 3 a toutefois défini des exceptions à cette interdiction en prévoyant notamment que les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement ou d'administration des beaux-arts pourront exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions.

Cette exception a survécu aux statuts de la fonction publique de 1946[1], 1959[2] et 1983-1984[3] et vous avez jugé qu'elle constitue l'une des dérogations à l'interdiction de cumul d'activité que ces statuts habilitent le pouvoir réglementaire à déterminer par décret (23 juin 1982, *M...*, n° 14568, B). Vous avez également jugé qu'elle n'a pas été implicitement abrogée par les règlementations plus libérales adoptées pour l'accès à certaines professions libérales réglementées, notamment la profession d'avocat (24 novembre 1982, *B...* 27937, A)[4].

En 2007[5], le décret-loi de 1939 a été abrogé et la disposition correspondant à son article 3 a rejoint la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, parmi les exceptions à la règle qui impose aux agents publics de consacrer l'intégralité de leur activité aux tâches qui leur sont confiées. Elle figure désormais à l'article L. 123-3 du CGFP dans une formulation quasiment identique à sa version d'origine[6].

La condition essentielle pour qu'un agent public des établissements d'enseignement puisse exercer une profession libérale tient à ce que celle-ci « découle » de la nature de ses fonctions. Votre jurisprudence abondante témoigne de l'interprétation restrictive de cette exception au principe de l'interdiction de cumul d'activités. Vous avez ainsi jugé que si la profession libérale de psychanalyste découle de l'enseignement de la psychologie clinique ou de la psychopathologie à l'université (13 février 1987, *S...*, A et T, 4 mai 1988, *Bruno, L... et X...*, n°69496, C), il n'en va pas de même des fonctions d'instituteur spécialisé chargé d'enseigner

---

[1] Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires.
[2] Ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires.
[3] Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat et Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.
[4] Pour la profession d'expert-comptable, voir également : 3 décembre 1986, *V...*, n° 62925, A et T.
[5] Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, articles 21 et 23) ; la règle a d'abord figuré à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 puis, après la loi 2016-483 du 24 avril 2016 relative à la déontologie, à l'article 25 septies.
[6] sous la seule réserve que « *l'administration des beaux-arts* » a cédé la place à la pratique des « *activités à caractère artistique* ».

les courants de la psychologie dans un centre de formation des maîtres (22 juillet 1992, *SS...*, n°116418, T). De même, vous jugez que la profession de masseur-kinésithérapeute ne « découle pas » des fonctions de professeur d'éducation physique (18 février 1966, *Fédération nationale des masseurs-kinésithérapeutes rééducateurs et professions médicales auxiliaires et autres,* 60492, p.124) ou que la profession d'avocat comme celle d'expert-comptable ne peuvent être regardées comme découlant d'une activité d'enseignement en sciences économiques ou sociale (Pour la profession d'avocat : 24 novembre 1982, *D...*, 11650 et 24 novembre 1982, *B...* 27937, A ; pour la profession d'expert-comptable : 3 décembre 1986, *V...*, n° 62925, A et T).

Cette législation sur le cumul d'activités qui découlent des fonctions s'applique, certes, à tous les personnels des établissements d'enseignement et non seulement à leurs enseignants. Par votre décision du 7 avril 1993, *Z... et autres* (n° 121683, 121938, 122055, 122058, B), vous avez admis la possibilité, pour les psychologues scolaires d'exercer une activité libérale de psychologue. Elle n'est en outre réservée ni aux établissements d'enseignement supérieur ni aux enseignants-chercheurs. Elle ne constitue à cet égard pas une garantie du principe d'indépendance dont ces derniers bénéficient. En pratique toutefois c'est pour eux, le plus souvent, qu'elle trouve à s'appliquer, notamment pour les professeurs et maîtres de conférences en droit qui exercent, parfois sous le titre d'avocat, des prestations de conseil, d'expertise juridique, d'arbitrage ou de médiation.

Telle est la situation de M. Clément C..., professeur des universités en droit public à l'université d'Angers qui vous saisit en excès de pouvoir de la circulaire de la ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche du 22 août 2022 (publiée au *Bulletin officiel* de ce ministère sept mois plus tard[7]) relative à la « *mise en œuvre du régime de déclaration préalable pour certaines activités accessoires* ». Les conclusions de la requête tendent à l'annulation d'une seule phrase de cette circulaire qui impose aux enseignants chercheurs d'informer l'autorité compétente de l'exercice d'une profession libérale, ainsi qu'à l'annulation de la décision implicite par laquelle la ministre rejeté la demande de son retrait ou à défaut de son abrogation.

* Cette circulaire n'a pas pour objet de présenter les dispositions de l'article L. 123-3 du CGFP. Elle est essentiellement consacrée à l'application des dispositions particulières du code de l'éducation[8] et du code de la recherche[9] qui, par dérogation au statut général de la fonction publique, soumettent à un régime déclaratif – et non plus à un régime d'autorisation – certaines activités accessoires relevant des missions de service public de l'enseignement supérieur et de la recherche[10]. Toutefois, dans sa deuxième partie consacrée à cette procédure de déclaration préalable, au sein d'une subdivision intitulée : le « *droit d'opposition à l'exercice ou à la poursuite de l'activité* », la circulaire comprend – curieusement – une subdivision consacrée aux « activités libres ». Celle-ci présente les dispositions de l'article L. 123-3 du CGFP, explique que cet article permet aux enseignants-chercheurs d'exercer librement une profession libérale qui découle de la nature de leurs fonctions sans être

[7] BO du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche n° 10 du 9 mars 2023.
[8] Articles L. 951-5 du code de l'éducation.
[9] Article L. 411-3-1 du code de la recherche.
[10] Missions énumérées à l'article L. 123-3 du code de l'éducation.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

contraint de solliciter une autorisation auprès de leur employeur, mais elle précise que les enseignants-chercheurs : « *ont l'obligation d'informer l'autorité compétente afin qu'elle puisse être en mesure de vérifier qu'il s'agit bien d'une activité libérale et qu'elle découle effectivement de la nature de leurs fonctions, ce qui correspond au contrôle effectué par le juge*. » (Cette citation se conclut par une référence à votre décision *M...* précitée du 23 juin 1982).

C'est donc cette seule phrase dont M. C... demande l'annulation. Il soutient que la ministre n'était pas compétente et ne pouvait pas légalement soumettre l'exercice par les enseignants d'une profession libérale à une telle obligation qui s'apparente à un régime de déclaration. Il rappelle à cet égard qu'une circulaire de la DGAFP du 11 mars 2008[11], toujours en ligne sur le site Internet de cette administration, affirme que l'information de l'administration sur l'exercice d'une activité libérale des personnels de l'enseignement n'est pas obligatoire mais « *fortement recommandée* ». C'est d'ailleurs encore ce qui est mentionné sur le site Internet du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche dans les pages du Site « Galaxie » consacrées aux règles de cumul d'activité.

La requête de M. C... est recevable, tant s'agissant de l'intérêt à agir du requérant que de la possibilité de contester par la voie de l'excès de pouvoir l'interprétation du droit retenue par le ministre. Même si, comme nous allons le voir, il peut y avoir débat sur la nature de la sanction qui pourrait réprimer la méconnaissance de l'obligation d'information présentée dans la circulaire, la seule circonstance qu'une telle méconnaissance puisse être sanctionnée nous paraît de nature à faire présumer que son édiction est susceptible d'avoir sur les intéressés, des effets notables au sens de votre jurisprudence de Section *GISTI* du 12 juin 2020 (418142, A).

* Vous ne pourrez d'abord suivre l'argumentation du ministre en défense qui vous propose, avec une fluidité rhétorique remarquable, plusieurs interprétations plus ou moins neutralisantes de la phrase en cause, peut-être dans l'espoir que vous puissiez choisir celle qui vous paraîtrait à la fois la moins éloigné de la lettre de la circulaire et la plus à même de résister aux moyens de la requête.

Toutefois, la phrase de la circulaire attaquée est claire en ce qu'elle affirme que les enseignants-chercheurs sont soumis à l'obligation d'informer leur administration de leurs activités libérales. Elle ne procède pas à un simple rappel des pouvoirs dont l'administration dispose pour contrôler le respect, par ses agents, des conditions prévues par l'article L. 123-3 du CGFP et, le cas échéant, pour leur faire injonction de cesser une activité qui n'y répond pas. La phrase contestée de la circulaire ne se borne pas davantage à informer les chefs d'établissements de la faculté dont ils disposeraient de mettre en place un recueil systématique de l'information par les personnels enseignants de leurs activités libérales.

* Le ministre pouvait-il soumettre les enseignants à une telle obligation d'informer leur administration de leur activité libérale ? Nous n'avons pas d'hésitation à vous proposer d'apporter une réponse négative à cette question. Toutefois, le choix du motif de votre annulation se prête plus à discussion.

[11] Circulaire FP n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Il n'est pas contesté que l'exercice par un enseignant d'une activité libérale qui découle de ses fonctions est libre. Il en résulte que le pouvoir réglementaire ne saurait instituer un régime d'interdiction qu'il soit général ou ciblé sur certaines professions. Par vos décisions du 7 avril 1993, *Z... et autres*, (déjà mentionnée) et du 22 septembre 1997, *Association nationale des contractuels du secteur public* (n° 141244, T) vous avez annulé des notes de service qui restreignaient la portée de l'article 3 du décret-loi de 1936 au motif qu'elles interdisaient à certains personnels des établissements d'enseignement d'exercer certaines fonctions.

Ce principe de liberté fait aussi légalement obstacle à ce que le pouvoir réglementaire soumette à un régime de déclaration ou à un régime d'autorisation préalable l'exercice d'une profession libérale entrant dans le champ d'application de l'article L. 123-3 du CGFP. Vous l'avez jugé par votre décision 28 septembre 2022, *M. LL... et autres* (n°s 461102, 461724, 461862, 461863, T).

Nous ne pensons toutefois pas que l'obligation d'information prévue par la circulaire équivaille à une obligation déclarative ni même qu'elle constitue une restriction aux conditions d'exercice de cette liberté.

Certes, dans la gradation des atteintes qu'une règlementation peut apporter à l'exercice d'une liberté, l'obligation d'information est généralement présentée comme se plaçant juste en dessous de l'obligation déclarative. Toutefois, l'obligation d'information instituée par la circulaire en cause n'est pas seulement moins contraignante qu'une obligation déclarative, dès lors qu'elle n'a aucun caractère préalable à l'exercice de l'activité libérale en cause ou suspensif du droit de l'exercer. Il nous semble qu'elle présente une nature différente dès lors que la transmission de l'information ne conditionne pas la licéité de l'activité.

* Il convient de s'arrêter ici un instant sur cette question de principe.

Lorsqu'une réglementation impose une obligation déclarative ou d'information, les termes sont parfois employés indifféremment et il convient de s'attacher non au choix des mots mais à la portée de la règle effectivement instituée. Il est en effet des informations préalables dont l'accomplissement conditionne la licéité de l'activité (par exemple pour la mise en service de la vidéoprotection, article R. 252-17 du CSI ou des obligations déclaratives à la CNIL qui constituent des conditions de la licéité de la mise en œuvre du traitement[12]). La méconnaissance d'une obligation d'information peut donc être sanctionnée de deux façons différentes : soit par l'institution d'une sanction qui réprime, pour lui-même, le défaut de transmission de l'information, soit par un régime de sanction qui découle de ce que l'activité n'ayant pas été déclarée, elle est regardée comme n'étant pas légalement exercée. Dans le premier cas, la personne intéressée est certes tenue de transmettre une information relative à l'activité en cause mais celle-ci conserve son caractère libre malgré le défaut de transmission d'information. Par exemple, lorsqu'un salarié soumis à l'obligation d'informer son employeur de son intention de rejoindre la grève méconnaît cette obligation, il peut, à raison de cette faute, être sanctionnée disciplinairement mais, comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision du 16 août 2007 sur la loi relative à la continuité du service public dans les

[12] CE, Section, 6 janvier 1997, Caisse d'épargne Rhône-Alpes-Lyon, n°159129, ACE, Section, 6 janvier 1997, Caisse d'épargne Rhône-Alpes-Lyon, n° 159129, A.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

transports terrestres de voyageurs[13], la méconnaissance de cette obligation procédurale ne confère pas à l'exercice du droit de grève un caractère illicite. Dans le second cas, l'activité non déclarée est regardée comme ayant été pratiquée de façon illicite. Tel est le cas, en application du code de la sécurité intérieure, lorsqu'une manifestation sur la voie publique est organisée sans avoir été déclarée[14].

En l'espèce, à supposer que l'obligation d'information instituée par la circulaire attaquée aujourd'hui devant vous fût légale, sa méconnaissance, ne pourrait conduire qu'au constat d'une faute par l'agent intéressé. Elle ne pourrait pas permettre de constater que l'agent a méconnu les règles de non-cumul et justifier qu'en application des dispositions de l'article L. 123-9 du CGFP, il reverse les sommes perçues au titre de l'activité accessoire dont il n'a pas informé l'administration. Nous ne pensons donc pas que la phrase critiquée méconnaisse directement les dispositions de l'article L. 123-3 du CGFP.

* Il nous semble en revanche que le ministre n'était pas compétent pour adopter une telle règle.

Pour justifier de sa compétence, le ministre soutient en défense que dès lors qu'ainsi que le rappelle l'article L. 124-1 du CGFP, tout chef de service doit veiller au respect des obligations déontologiques des agents placés sous son autorité et que, ainsi que vous l'avez déjà jugé par votre décision *M...* précitée, il peut enjoindre à un agent de cesser une activité libérale qui ne découle pas de ses fonctions, le chef de service doit se voir reconnaître le pouvoir d'exiger des personnels qui relèvent de son autorité qu'ils l'informent des activités libérales qu'ils exercent afin qu'il puisse exercer ce contrôle.

Il est ici à peine nécessaire de rappeler que les ministres ne disposent du pouvoir réglementaire que lorsqu'un texte les en investit[15] et la seule circonstance que l'administration ait à contrôler le respect d'une règle ne saurait à elle seule lui conférer la compétence pour réglementer les conditions d'exercice de l'activité réglementée.

Le ministre invoque le pouvoir réglementaire qu'il tient de sa qualité de chef de service, c'est-à-dire le pouvoir *J...*[16]. Il se prévaut à ce titre de deux décisions par lesquelles vous avez jugé qu'il appartient à l'administration de prendre les dispositions nécessaires pour s'assurer du service fait par ses agents afin notamment de procéder, en cas de grève, aux retenues sur traitement (JRCE, 25 juillet 2003, *Ministre de la jeunesse, de l'éducation et de la recherche c. SNUDI-FO, n°258677*, C ; votre décision 12 février 2020, *Mme CD... et autres*, n°421997, B).

Ces décisions ne peuvent toutefois constituer un précédent pour justifier l'obligation d'information. Premièrement, lorsqu'est en cause la règlementation de l'exercice du droit de grève par ses agents, le pourvoi réglementaire du chef de service présente une spécificité en ce qu'il n'a pas seulement vocation à suppléer l'absence de règlementation (comme l'est en

[13] Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, cons. 29.
[14] Articles L. 211-1 et suivant du CSI.
[15] CE, Section, 23 mai 1969, *Société « Distillerie Braibant et Cie »*, p. 264 ; 03 juillet 2009, *Syndicat national Force Ouvrière des personnels de préfecture et MM...*, nos 309925 et 311886, B.
[16] CE, Section, 7 février 1936, *J...*, n°43321, A - Recueil p. 172, T. p. 1411. *Grands arrêts de jurisprudence administrative* Long Weil Braibant 7° édition n° 57 p. 238. Sirey 1937 3 113 note Rivero.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

principe le pouvoir réglementaire *J...* : Section, 8 janvier 1982, *SARL Chocolat de régime Dardenne*, 17270, A). En matière de droit de grève – et en cette matière seulement –, le pouvoir réglementaire du ministre ou du chef de service permet en effet non seulement de suppléer l'absence de règlementation mais aussi de compléter une règlementation incomplète (11 juin 2010, *Syndicat SUD RATP*, 333262, A).

Deuxièmement, pour emprunter aux conclusions du président Bernard sur votre décision du 6 octobre 1961, *UNAPEL (38401, 41874, p. 550)*, le pouvoir réglementaire du chef de service est toujours exercé « *dans la mesure où les nécessités du service l'exigent* ». Cette condition implique que vous contrôliez que le lien entre la mesure réglementaire et les nécessités du service ne soit pas trop distendu.

Ainsi, par votre décision du 29 décembre 2000, *Syndicat Sud Travail* (213590, T), vous avez jugé que la seule circonstance que les fonctionnaires soient soumis au devoir de réserve et de discrétion dans l'exercice de leur liberté d'expression ne permet pas au ministre de leur imposer de manière générale de soumettre à leur hiérarchie les articles et publications qu'ils signent. Dans cette même décision, vous avez jugé au contraire que le ministre pouvait, en sa qualité de chef de service, soumettre à une procédure de contrôle et de coordination l'expression de ces agents auprès des journalistes dans l'exercice de leurs fonctions.

En l'espèce, nous ne doutons pas de l'intérêt que l'administration puisse contrôler que ses agents ne se détournent pas de l'accomplissement de leur service pour exercer une profession libérale. C'est d'ailleurs une des raisons qui avaient conduit votre Section du rapport et des études à recommander en 1999 l'institution d'un régime déclaratif en cette matière[17]. Toutefois, le contrôle de ce que l'exercice d'une activité libérale par un agent de l'enseignement découle ou non de ses fonctions n'entretient qu'un lien indirect et incertain avec l'organisation et le fonctionnement du service. En effet, un agent d'un établissement d'enseignement peut exercer une profession libérale qui ne découle pas de son emploi public mais le faire sans méconnaître ses obligations de service. Il peut au contraire exercer une activité accessoire dans le respect des exigences prévues par l'article L. 123-3 du CGFP mais dans des conditions qui le conduisent à ne pas accomplir son service (notamment lorsque l'activité accessoire tend à supplanter l'activité principale).

Nous sommes donc d'avis qu'imposer aux agents des établissements d'enseignement l'obligation d'informer leur administration des activités libérales qui découlent de leurs fonctions ne consiste ni à déroger à la règle selon laquelle l'exercice de ces activités est libre ni à prendre une mesure justifiée par les nécessités du service. Edicter une telle obligation consiste à imposer à ces agents une obligation d'ordre statutaire dans leur relation avec leur administration.

Le pouvoir réglementaire certes serait compétent pour édicter la règle en cause mais il ne pourrait le faire que par la voie du décret en Conseil d'Etat qui constitue le niveau de norme requis pour fixer des règles statutaires particulières de la fonction publique (29 décembre 1989, *Département du Val-de-Marne*, n°95739, B ; 2 février 2005, *Institut des ingénieurs de recherche*, n° 261284, B, 16 janvier 2006, *DD...*, n°261425, B). Le caractère statutaire d'une

[17] Conseil d'Etat, Section du rapport et des études : *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, p. 64.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

règle constitue au contraire une limite à l'exercice du pouvoir hiérarchique du chef de service pour réglementer la situation de ses agents (4 novembre 1977, *Dame Y...*, 97977, p. 417, concl, J. Massot.)

Nous en déduisons par conséquent que le ministre n'était pas compétent pour imposer aux personnels de l'enseignement l'obligation de déclarer à leur administration s'ils exercent ou non une profession libérale.

Tel est le sens de nos conclusions

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.