

Question écrite n° 03156 de M. Alex Türk (Nord - NI)

- **publiée dans le JO Sénat du 24/01/2008 - page 123**

M. Alex Türk attire l'attention de M. le secrétaire d'État chargé de la fonction publique à propos des activités privées des fonctionnaires.

L'article 25 de la loi n° 83-635 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifié par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 relatif à la modernisation de la fonction publique, précise que sont désormais interdites, y compris si elles sont à but non lucratif, les activités privées, telles que « la participation aux organes de direction (...) d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts ».

Cette nouvelle définition des activités prohibées soulève, donc, pour nombre d'associations oeuvrant dans des secteurs dits concurrentiels, le problème de savoir si les fonctionnaires siégeant au sein des organes de direction peuvent conserver, aujourd'hui, leur mandat. Autrement dit, l'exercice d'un mandat de direction au sein d'une association régie par la loi du 1er juillet 1901, est-il interdit à tout fonctionnaire et agent non titulaire de droit public lorsque la gestion de l'association n'est pas désintéressée ? Plus généralement cet exercice est-il interdit lorsque cette association est soumise aux impositions commerciales, notamment lorsque ses activités se trouvent en concurrence avec des activités similaires exercées par des entreprises de secteur concurrentiel ? De nombreuses associations notamment dans le milieu de l'hospitalisation à domicile sont concernées alors même que le nombre de bénévoles ne cesse de diminuer. Il lui demande donc quelle est l'interprétation à donner à cette disposition nouvelle.

Réponse du Secrétariat d'État chargé de la fonction publique

- **publiée dans le JO Sénat du 03/07/2008 - page 1349**

Le I de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 pose le principe selon lequel « les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées » et « ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ». Est expressément interdite « la participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts », c'est-à-dire « des oeuvres sans but lucratif qui présentent un caractère social ou philanthropique et dont la gestion est désintéressée, lorsque (...) des opérations analogues ne sont pas couramment réalisées à des prix comparables par des entreprises commerciales (...) ». Autrement dit, l'exercice d'une fonction de direction par un fonctionnaire ou un agent non titulaire de droit public dans une association régie par la loi de 1901 dont la gestion ne serait pas désintéressée et dont les activités se trouveraient en concurrence avec des activités similaires exercées par des entreprises du secteur concurrentiel est formellement prohibé par la législation en vigueur. Toutefois, plusieurs dispositifs permettent aux fonctionnaires d'exercer une activité au sein des associations ou entreprises oeuvrant notamment dans le milieu de l'hospitalisation à domicile. Ainsi, le II de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ouvre la possibilité pour un agent public qui en fait la déclaration, qu'il demeure à temps plein ou qu'il bénéficie d'un temps partiel de droit, de créer ou reprendre une entreprise. L'objet de cette entreprise ne comporte pas de limitation particulière - en dehors de l'absence d'atteinte à la dignité, à la neutralité et au bon fonctionnement du service public - et peut donc concerner le secteur de l'hospitalisation à domicile, à la condition toutefois que dans le cas d'une reprise d'entreprise, l'agent, en situation de cumul d'activités, n'enfreigne pas les dispositions du code pénal relative à la prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions (art. 432-12). Cette déclaration est soumise pour avis à la commission de déontologie. La dérogation à l'interdiction de cumul ainsi instituée est ouverte pour un an renouvelable une fois. Les conditions d'application de ce dispositif sont précisées par le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 (art. 11 à 14). En outre, un fonctionnaire peut être placé dans la position statutaire de disponibilité pour convenances personnelles (cf. en particulier le 2° de l'article 31 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988 pour les agents de la fonction publique hospitalière) qui permet l'exercice d'une activité privée, après avis de la commission de déontologie prévue par l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée. Cet avis est obligatoire pour les fonctionnaires qui ont précédemment exercé des fonctions effectives de contrôle, de surveillance ou de passation de contrats, facultatif pour les autres agents. Enfin, l'article 4, dernier alinéa, du décret du 2 mai 2007, rappelle la liberté d'exercice d'une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif.