[redacted],

[redacted],

Vous avez saisi, [redacted] le collège de déontologie de la fonction publique territoriale des départements du Doubs, du Jura, du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et du Territoire de Belfort d'une question relative à un cumul d'activité. Un accusé de réception vous a été adressé [redacted]. Vous trouverez ce jour ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues.

Votre situation

Vous êtes fonctionnaire, [redacted], et êtes employé par [redacted]. Vous travaillez sur un emploi à temps complet [redacted]

Vous exercez [redacted] une activité de coach sportif dans le cadre d'une auto entreprise. Vous n'exercez cette activité, pour le moment, qu'une heure par semaine.

Vous avez fait une demande d'autorisation pour ce cumul d'activité [redacted]. Vous n'avez jamais eu de réponse de la part de votre autorité territoriale. Vous avez commencé votre cumul d'activité [redacted] et vous l'exercez en toute transparence, notamment en ce qui concerne les buts de votre formation dans le cadre du congé individuel de formation acceptée par votre collectivité.

Vous vous demandez s'il vous est possible de cumuler cette activité avec votre service de fonctionnaire à temps complet.

Cadre juridique

La **loi n° 2016-483 du 20 avril 2016** relative à la déontologie et aux droits des fonctionnaires a rappelé les principes de **l'interdiction d'exercer une activité privée lucrative** et de **la consécration intégrale aux fonctions exercées.**

Par conséquent, le principe qui régit la matière est que le fonctionnaire doit consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées, et qu'il ne peut exercer à titre professionnel une activité privée lucrative. (Article 25 septies I de la loi du 13 juillet 1983)

Les seules dérogations possibles sont celles énumérées à l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983, aux points II à V. **Les activités que vous envisagez ne peuvent relever que du III, création d'entreprise, ou du IV, activités accessoires.**

Votre situation relève des dispositions de droit commun applicable aux fonctionnaires nommés sur un emploi à temps complet.

I. Le régime de la création d'entreprise (loi du 13 juillet 1983 – article 25 septies- III)

Par dérogation au principe rappelé ci-dessus, le III de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 modifiée permet à un fonctionnaire, travaillant à temps complet, sous certaines conditions et en particulier celle de passer à service à temps partiel, de créer une entreprise et d'exercer à ce titre une activité privée lucrative tout en conservant son emploi d'agent public. Le chapitre II du décret du 27 janvier 2017 précise les démarches à effectuer.

Les conditions à respecter sont les suivantes :

- **Obtenir une autorisation de travail à temps partiel pour création d'entreprise qui ne peut être inférieur à 50% ;**
- **Obtenir un avis favorable de la commission de déontologie de la fonction publique, assorti éventuellement de réserves, si nécessaire.**

L'autorisation ne pourra vous être accordée que pour une durée maximale de deux ans, renouvelable pour une durée d'un an (après dépôt d'une nouvelle demande d'autorisation d'exercer à temps partiel), à compter de la création de votre entreprise.

Passé ce délai, il vous appartiendra de choisir entre votre activité privée et vos fonctions d'agent public, en raison de votre qualité de fonctionnaire exerçant à temps complet.

Solution :

Il n'apparaît pas que le régime de création d'entreprise soit adapté à votre projet, car il ne semble pas que vous souhaitiez à terme abandonner vos fonctions d'agent public pour vous consacrer à votre nouvelle activité. De plus, vous avez déjà le statut d'auto entrepreneur [redacted]

Pour information, si vous souhaitiez malgré tout vous engager dans cette voie, il vous faudrait dans un premier temps, soit obtenir votre placement en disponibilité, qui ne pourrait vous être accordé que pour une durée de 2 ans, soit demander que votre service soit réduit à 70% ; et l'autorisation que vous devrez solliciter ne pourra vous être accordée que pour 2 années, 3 au maximum. Vous devrez présenter une déclaration écrite à votre autorité hiérarchique qui mentionnera la nature de l'activité privée envisagée ainsi que la forme et l'objet social de l'entreprise, son secteur et sa branche d'activité. Votre autorité territoriale pourrait à tout moment s'opposer au cumul d'activité si elle s'avérait incompatible avec l'exercice des fonctions que vous exercez et de nature à vous placer en situation de conflit d'intérêts.

Si vous envisagez de demander une disponibilité, ceci est possible en vue de créer ou reprendre une entreprise, sous réserve des nécessités du service (article 23 du décret n° 86-68

du 13 janvier 1986). La durée de la disponibilité est de deux ans maximum. Vous devez informer par écrit l'autorité dont vous relevez, trois mois au moins avant le début de l'exercice de l'activité privée. La décision de mise en disponibilité nécessite la saisine de la CAP et de la commission de déontologie (article 2 et 3 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017) dont vous devrez obtenir l'avis favorable, éventuellement assorti de réserves. L'avis ainsi rendu (favorable ou défavorable) s'imposera à vous ainsi qu'à l'autorité dont vous dépendez.

II. Le régime de l'activité accessoire (loi du 13 juillet 1983 article 25 septies – IV)

C'est le régime qui paraît le mieux adapté à votre projet. En effet, vous avez déjà fondé l'auto entreprise qui porte votre activité complémentaire et vous ne souhaitez pas abandonner vos fonctions dans le service public.

En effet, l'article 6 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 fixe la liste des activités susceptibles d'être autorisées à titre accessoire :

'' (…) *1° Dans les conditions prévues à l'article 5 :*

a) Expertise et consultation, sans préjudice des dispositions du 3° du I de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 précitée et, le cas échéant, sans préjudice des dispositions des articles L. 531-8 et suivants du code de la recherche ;
b) Enseignement et formation ;
c) Activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel, ou de l'éducation populaire ; *(…).''.*

Ces activités accessoires peuvent être exercées sous le régime de l'autoentreprise.

Il vous faut toutefois tenir compte de ce que l'exercice d'une activité accessoire n'est pas de droit, mais doit faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès de l'employeur.

Solution :

L'activité de coach sportif en fitness que vous voulez exercer entre dans le cadre des activités accessoires susceptibles d'être autorisées mentionnées à l'article 6 du décret du 27 janvier 2017 (Activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel, ou de l'éducation populaire).

De plus, au vu de la durée de votre travail, de votre rémunération et de votre statut, cette activité ne semble pas devoir porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service public, ni vous mettre en situation de prise illégale d'intérêts.

Dans le cadre du régime de l'activité accessoire, vous pourrez exercer votre activité sous la forme d'une auto-entreprise sans devoir vous soumettre au régime de la création d'entreprise. C'est-à-dire que vous n'aurez pas besoin de présenter votre dossier à la commission de déontologie et votre autorisation ne sera pas limitée à deux ans, vous n'aurez pas à choisir à

terme entre votre activité publique et votre activité privée. Néanmoins, votre autorité hiérarchique pourra à tout moment s'opposer au cumul d'activité s'il devait se révéler incompatible avec l'exercice de vos fonctions. Et il faut encore souligner que chaque changement d'activité au sein de la collectivité publique qui vous emploie, ou au titre de votre activité accessoire, devra donner lieu à une nouvelle demande d'autorisation.

L'activité accessoire doit bien évidemment être exercée en dehors des heures de service, ce qui semble être votre cas. Il vous est possible de travailler pendant les congés annuels. En revanche il est interdit de travailler pendant un congé maladie, puisqu'à ce moment, vous êtes supposés être inapte au service.

Le temps que vous pourrez consacrer à votre activité accessoire n'est pas exactement défini par les textes applicables, et il convient de raisonner par indices : sauf exceptions, il est admis qu'en règle générale la durée maximale hebdomadaire du travail dans la fonction publique pour un emploi donné sur une semaine ne peut excéder 48h, par référence au code du travail. On peut en déduire que le cumul de l'ensemble de vos activités ne devrait pas conduire à dépasser ce maximum ; et que donc votre activité accessoire ne devrait pas représenter plus de 35% du temps de travail de votre activité principale, sur une semaine. Au demeurant, votre employeur pourrait estimer que le temps que vous consacrez à votre activité accessoire ne vous permet pas d'exercer votre activité principale dans de bonnes conditions, et refuser alors pour ce motif de vous donner l'autorisation que vous lui demandez.

Informations sur le processus de demande d'autorisation

Vous devez adresser à votre administration une demande écrite précisant les modalités d'exercice de votre activité accessoire (type d'exploitation, durée de travail, périodicité, conditions de rémunération). Votre administration doit en accuser réception et notifier sa décision dans un délai d'un mois, qui peut être porté à deux mois si des informations complémentaires sont nécessaires.

Attention : l'absence de réponse écrite de l'administration vaut rejet de la demande d'autorisation (article 9, dernier alinea, du décret du 27 janvier 2017).

Si votre administration prend une décision de refus de votre demande de cumul d'activités et que vous estimez que celle-ci n'est pas fondée, en l'absence d'atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service, et qu'elle ne vous met pas en situation de prise illégale d'intérêts, vous pouvez, dans un délai de deux mois, soit saisir directement le tribunal administratif (recours contentieux), soit exercer un recours gracieux (c'est-à-dire un recours adressé à la personne qui a rendu la décision de refus) par lettre recommandée avec accusé de réception. Conservez précieusement une copie de la lettre et des éventuelles pièces jointes ainsi que l'accusé de réception.

Le fait d'adresser un recours gracieux à l'autorité qui a pris la décision contestée vous donne un délai supplémentaire pour déposer un recours contentieux devant le tribunal administratif. En effet, le délai de deux mois du recours contentieux est interrompu et recommence à courir si votre recours gracieux est rejeté par l'administration. Le silence gardé pendant plus de deux mois sur votre recours gracieux par l'autorité administrative vaut décision de rejet.

L'autorisation de l'autorité territoriale

Le cumul d'activité que vous souhaitez entre dans le champ des activités accessoires susceptibles d'être autorisées. La situation, telle qu'exposée, ne portera pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service public, et ne vous mettra pas en situation de prise illégale d'intérêts. Ainsi, la délivrance de l'autorisation ne devrait être qu'une formalité. L'autorité territoriale ne pourrait vous la refuser que sur des critères d'atteintes au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service public, ou si cela vous met en situation de prise illégale d'intérêts, et cette décision devra être légalement justifiée sous peine d'annulation (voir par ex. Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 13 juillet 2016, n° 1403885 ; Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 13 juillet 2016, n° 1403880).

Les risques liés à l'exercice d'une activité accessoire sans autorisation

La violation des dispositions relatives au cumul **donne lieu au reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue sur le traitement** (article 25 septies VI de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983).

L'agent peut également faire l'objet des poursuites prévues par le code pénal en cas de prise illégale d'intérêts (article 432-12 du code pénal). Ce qui n'est pas votre cas en l'état actuel des choses.

L'agent peut en outre être sanctionné disciplinairement (article 25 septies VI de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983).

Il est à noter que les demandes d'autorisation, les déclarations de cumul d'activités, les avis de la commission de déontologie, ainsi que les décisions administratives afférentes, sont versés au dossier individuel de l'agent (article 37 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017).

Solution :

Vous exercez votre activité accessoire [redacted] sans avoir eu de réponse à votre demande de cumul d'activité, ce qui revenait à un refus de votre autorité territoriale. Nous vous conseillons de refaire une demande d'autorisation de cumul d'activités auprès de votre employeur pour légaliser la situation en lui exposant le cadre légal de votre activité accessoire. Si votre activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service public, et qu'elle ne vous met en situation de prise illégale d'intérêts, ce qui semble être le cas, votre autorité territoriale n'a aucune raison de vous refuser cette autorisation. En cas de refus, il conviendra d'exercer un recours gracieux, puis, le cas échéant, un recours devant le tribunal administratif.

Pour régler totalement votre problème, l'autorisation de cumul d'activités pourrait vous être délivrée de façon rétroactive, comme l'a relevé un jugement du tribunal administratif de Versailles du 10 février 2014 (n° 1003868). Donc, même si vous avez déjà créé votre auto entreprise, après avoir déjà fait, mais sans succès, une demande d'autorisation avant son ouverture, il vous est aujourd'hui possible de former à nouveau votre demande, qui devra être étudiée sur les conditions normales de l'autorisation (fonctionnement normal, indépendance et

neutralité du service public et non prise illégale d'intérêts), et qui pourra vous être délivrée rétroactivement.

Conclusion

En résumé, un cumul d'activité pour une création d'entreprise est interdit par principe dans votre situation. Vous ne pouvez créer une entreprise qu'à la condition d'avoir obtenu la modification de la durée de travail requise pour le poste que vous occupez, qui doit être comprise entre 50% et 70% du temps de travail légal. Une autre solution consisterait à demander une disponibilité, ce qui vous obligerait à interrompre vos fonctions actuelles.

Néanmoins, votre activité fait partie des activités accessoires susceptibles d'être autorisées et pouvant être exercées sous forme d'auto entreprise. Dans ce cas, un cumul d'activité est possible. Il vous revient de demander une autorisation de cumul d'activités auprès de votre employeur qui appréciera s'il est compatible avec vos contraintes d'agent public. Cependant, votre autorité hiérarchique peut à tout moment s'opposer au cumul d'activité privée qui se révèlerait incompatible avec l'exercice de vos fonctions. Aussi, chaque changement d'activité devra faire l'objet d'une nouvelle demande d'autorisation.

Il vous revient de régulariser votre situation en demandant une autorisation de cumul d'activités qui devrait être acceptée, et qui pourrait être rétroactive.

Nous vous prions d'agréer, [redacted], l'expression de notre meilleure considération et nous restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Les référents déontologues

Xavier Faessel Danièle Mazzega Cécile Hartmann