[redacted],

[redacted],

[redacted], vous avez saisi 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 ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues.

Votre situation

Vous êtes fonctionnaire et vous occupez à temps complet l'emploi [redacted]. Vous bénéficiez actuellement d'un congé parental [redacted]. Durant ce congé, vous exercez une activité d'assistante maternelle.

Vous envisagez d'exercer, en plus de votre emploi à temps complet, une activité indépendante de vente à domicile (VDI).

Cadre juridique

I/ Activité de vente à domicile indépendante en parallèle d'un temps complet dans la fonction publique territoriale

La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifiée par la loi du 20 avril 2016, n° 2016-483 et le décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 sur le cumul d'activités dans la fonction publique sont les textes applicables à votre situation.

Le principe 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. Aussi, le cumul d'un emploi permanent à temps complet avec un ou plusieurs autres emplois à temps complet est interdit.

Le cumul d'activités des fonctionnaires est toutefois possible sous certaines conditions et dans certains cas : lorsqu'il s'agit d'une activité accessoire, en cas de reprise ou de création d'entreprise, en cas de poursuite d'une activité privée au sein d'une société ou d'une association à but lucratif. Ces autorisations doivent faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès de l'employeur et respecter un certain nombre de règles.

Exercer une activité accessoire à côté de son emploi de fonctionnaire ou d'agent public est une exception. C'est en ce sens que l'article 5 du décret du 27 janvier 2017 précise que

l'agent peut être autorisé à cumuler une activité accessoire avec son activité principale, sous réserve que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service, et qu'il ne mette pas l'intéressé en situation de prise illégale d'intérêts.

Les activités dont l'exercice à titre accessoire est susceptible d'être autorisé sont listées par l'article 6 du décret du 27 janvier 2017. Cette liste est limitative.

Il s'agit des activités suivantes :

- Expertise et consultation
- Enseignement et formation
- Activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel, ou de l'éducation populaire
- Activité agricole
- Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale,
- Aide à domicile à un ascendant, à un descendant, à son conjoint, à son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou à son concubin
- Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers
- Activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif
- Mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger
- Services à la personne
- Ventes de biens fabriqués personnellement par l'agent.

Il faut toutefois tenir compte de ce que cette autorisation n'est pas de droit mais doit faire l'objet d'une demande de dérogation auprès de l'employeur.

La lecture de la liste reproduite ci-dessus vous montre que l'activité de Vendeur à Domicile Indépendant (VDI) ne fait pas partie de celles susceptibles d'être exercées à titre accessoire par un agent public (ce que confirme la réponse ministérielle / Assemblée nationale / du 02 décembre 2008 à la question écrite n° 8226 du 23 octobre 2007).

Solution :

L'activité que vous envisagez n'entre pas dans le cadre des activités accessoires susceptibles d'être autorisées, qui sont limitativement énumérées à l'article 6 du décret du 27 janvier 2017.

L'activité de vendeur à domicile indépendant que vous envisagez n'apparaît pas compatible avec votre statut de fonctionnaire à plein temps.

En principe donc, votre employeur sera légalement tenu de refuser pour ces motifs l'autorisation que vous lui présenteriez.

Si vous exerciez malgré tout cette activité complémentaire sans autorisation, alors vous vous exposeriez à des sanctions disciplinaires. En outre, l'administration peut obliger l'agent à reverser les sommes illégalement perçues dans le cadre d'une activité privée pour l'exercice de laquelle il n'a pas demandé d'autorisation.

II/ Activité de vente à domicile indépendante durant un congé parental

L'article 29 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986, relatif aux positions de détachement hors cadres, de disponibilité, de congé parental des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration, définit le congé parental comme une demande du fonctionnaire qui doit être satisfaite de droit par l'autorité territoriale.

Selon l'article 33 de ce même décret, « l'autorité territoriale qui a accordé le congé parental peut, à tout moment, faire procéder aux enquêtes nécessaires pour s'assurer que l'activité du bénéficiaire du congé est réellement consacrée à élever l'enfant. ». Ainsi, l'administration peut contrôler l'agent pour s'assurer qu'il se consacre réellement à son enfant durant le congé. Dans le cas contraire, elle peut mettre fin au congé après que l'agent aurait présenté ses observations.

Le fonctionnaire en situation de congé parental reste donc soumis aux mêmes règles déontologiques que lorsqu'il est en activité, notamment en ce qui concerne les cumuls d'activités. L'exercice d'une activité professionnelle accessoire est donc a priori interdit pendant le congé.

Solution :

Vous ne pouvez exercer l'activité de vendeur à domicile indépendant (VDI) pendant votre congé parental, tout comme lorsque vous ne serez plus en congé parental.

III/ Activité de vente à domicile indépendante pendant une disponibilité

Toute fonctionnaire titulaire peut demander à être placé en position de disponibilité dans des cas et selon des conditions définis par le décret n°88-976 du 13 octobre 1988. L'accès à cette position est, selon les cas, soit de plein droit, soit sous réserve des nécessités du service et d'une durée variable de services accomplis.

En particulier, la mise en disponibilité est accordée de droit aux agents, sur leur demande pour élever un enfant âgé de moins de 8 ans.

L'article 36 du décret précité dispose que « le fonctionnaire mis en disponibilité doit justifier à tout moment que son activité ou sa situation correspond réellement aux motifs pour lesquels il a été placé dans cette position. » Autrement dit, toute activité lucrative autre que celle qui a pu donner lieu à la disponibilité est interdite. Ainsi, le fonctionnaire en disponibilité pour

élever un enfant de moins de 8 ans n'est pas censé exercer d'activité professionnelle durant le temps de la disponibilité.

L'autorité territoriale fait procéder aux enquêtes nécessaires en vue de s'assurer que l'activité du fonctionnaire mis en disponibilité correspond réellement au motif pour lequel il a été placé dans cette position.

En tout état de cause, aucune activité lucrative ne pourra débuter sans que vous en ayez préalablement informé par écrit votre autorité territoriale d'origine.

La jurisprudence semble laisser la place à une certaine tolérance appréciée au cas par cas, en fonction des ressources de l'agent, notamment s'il est démontré que l'activité exercée laisse à l'agent le temps d'élever effectivement son enfant et que les revenus qu'il en tire sont nécessaires pour lui permettre d'assurer normalement l'éducation de ses enfants (Tribunal Administratif de Versailles, 23 décembre 1970). Cette hypothèse reste toutefois marginale et elle n'est prévue expressément par aucune disposition légale ou réglementaire.

Le juge administratif reconnaît ainsi au fonctionnaire en disponibilité la possibilité d'exercer une activité professionnelle, à condition que celle-ci n'entre pas en conflit avec le motif pour lequel la disponibilité a été accordée, par exemple que l'activité soit compatible avec les obligations liées à l'éducation de l'enfant.

Ainsi alors, l'exercice de la profession d'assistante maternelle est envisageable (comme vous le faites actuellement, voir IV), puisqu'elle s'insère dans le temps que vous consacrez à votre enfant. En revanche, l'exercice d'une activité rémunérée pendant les heures de travail scolaire n'est possible que lorsque la disponibilité a été accordée pour élever un enfant en âge scolaire (circulaire ministérielle FP 1504 du 11 février 1983).

Vous pourriez également solliciter votre placement en disponibilité pour convenances personnelles, ce qui vous permettrait d'exercer une activité privée à but lucratif, sans avoir à justifier de la situation de votre enfant. Cependant, la disponibilité pour convenances personnelles n'est pas de droit, et les conditions de retour au service, le jour venu, sont entourées d'une garantie moindre que lorsqu'il s'agit d'un congé parental.

Solution :

Durant une disponibilité de droit pour élever un enfant de moins de 8 ans, vous pouvez exercer une activité rémunérée si cette activité vous permet d'assurer normalement l'éducation de votre enfant. L'exercice d'une activité rémunérée pendant les heures de travail scolaire n'est possible que lorsque la disponibilité a été accordée pour élever un enfant en âge scolaire.

Vous pourriez demander à bénéficier d'une disponibilité pour convenances personnelles, qui vous laisserait une plus grande liberté de travailler, mais qui n'est pas de droit.

Dans tous les cas, si vous envisagez de travailler dans le privé, la compatibilité de cette activité avec vos fonctions au cours des 3 ans précédents est soumise à l'avis de la commission de déontologie de la fonction publique.

IV/ Activité d'assistante maternelle pendant un congé parental ou pendant une disponibilité pour élever un enfant de moins de 8 ans

S'agissant de la possibilité d'exercer l'activité d'assistante maternelle pendant un congé parental, il est utile de se référer à la circulaire n° 2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activité et portant application de la Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 :

« *Ce régime (le régime du cumul d'activités) ne s'applique pas non plus aux agents en position de congé parental. En effet, la notion d'activité disparaît du fait de l'objet même du congé parental qui est d'élever son enfant. Si les règles relatives au cumul ne s'appliquent pas dans ce cadre, l'exercice d'une activité lucrative pourra cependant être jugé incompatible avec le congé. Il pourra s'agir soit d'un motif de refus de congé, soit, si le congé a été accordé et que l'agent s'engage dans une activité privée qui détourne le congé de son objet, d'un motif de fin anticipée de congé prononcée par l'administration.* ***Seule l'activité qui serait en lien avec le congé parental et ne porterait pas atteinte à l'objet même de ce congé (par exemple l'activité d'assistante maternelle) pourrait être tolérée*** ».

Solution :

Vous pouvez exercer, en informant votre autorité territoriale, une activité d'assistante maternelle pendant votre congé parental ou pendant une éventuelle mise en disponibilité pour élever un enfant de moins de 8 ans. Néanmoins, cette activité n'entre pas dans la liste de celles que vous pourriez exercer à titre accessoire en cas de reprise de votre emploi public à plein temps.

Conclusion

L'activité de vente à domicile indépendante que vous envisagez n'apparaît compatible ni avec votre statut de fonctionnaire à plein temps, ni avec votre congé parental. Et l'autorité territoriale qui vous emploie est en droit de s'assurer que votre situation ordinaire correspond effectivement au motif pour lequel vous avez demandé un congé ou votre placement en disponibilité.

Si vous exercez tout de même un cumul d'activités, sans autorisation, alors vous risquez de faire l'objet de sanctions disciplinaires. En outre, l'administration peut obliger l'agent à reverser les sommes illégalement perçues dans le cadre d'une activité privée pour l'exercice de laquelle il n'a pas demandé d'autorisation.

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