Le [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 le [redacted]. Vous trouverez ce jour ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues.

Votre situation

Vous êtes agente publique contractuelle et êtes employée par [redacted]. Vous travaillez à temps complet sur le poste de [redacted].

Dans le cadre de vos fonctions, vous apportez des conseils juridiques aux collectivités et aux agents des collectivités territoriales du [redacted] ([redacted]). Vous êtes également nommée en tant que médiatrice dans le cadre de la mise en place de la médiation préalable obligatoire. En ce sens, vous êtes amenée à exercer des médiations entre les agents et un certain nombre d'autorités territoriales employeurs [redacted].

Vous envisagez d'exercer une activité de médiatrice dans le cadre d'une association qui, contre paiement d'une cotisation annuelle, vous formera, vous guidera. Votre nom pourra apparaître sur une liste de médiateurs agréés par cette association ([redacted]). Votre statut serait celui d'un travailleur indépendant. En ce sens, vous envisagez de créer une micro-entreprise afin de pouvoir être déclarée. Vous envisagez de mener une à deux médiations par an. Vous vous demandez si vous pouvez cumuler votre activité d'agent public avec cette activité lucrative.

Cadre juridique

La loi n° 84-634 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 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)

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

I/ Le cas du régime de l'activité accessoire (loi du 13 juillet 1983 article 25 septies – IV)

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 n° 2017-105 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 ou ne mette pas l'intéressé en situation de prise illégale d'intérêts.

Les activités exercées à titre accessoire susceptibles d'être autorisées sont listées par l'article 6 du décret du 27 janvier 2017. Cette liste est limitative. Elle comprend, au titre des activités accessoires :

« …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 *(sans préjudice à l'interdiction « de donner des consultations ou expertises ou plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ne relevant pas du secteur concurrentiel)****, 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 ;
d) Activité agricole au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime dans des exploitations agricoles constituées ou non sous forme sociale ;
e) Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale mentionnée à l'article R. 121-1 du code de commerce ;
f) 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, permettant au fonctionnaire de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide ;
g) Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers ;
h) Activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif ;
i) Mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger ;

2° Dans les conditions prévues à l'article 5 du présent décret et à l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale, sans préjudice des dispositions de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 précitée :

a) Services à la personne mentionnés à l'article L. 7231-1 du code du travail ;
b) Vente de biens fabriqués personnellement par l'agent.

L'ensemble de ces activités accessoires limitativement énumérées peuvent être exercées sous le régime de l'autoentreprise (Réponse ministérielle de Monsieur Yves DANIEL à la question écrite n° 3494)**.**

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 (articles 7 et 8 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017).

Un agent public, qui est autorisé par son administration employeur, peut ainsi exercer une activité d'expertises ou de consultations. Néanmoins, l'article 25 septies I. 3° interdit aux agents publics « *de donner des consultations, de procéder à des expertises ou de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ne relevant pas du secteur concurrentiel* ».

Solution :

La question qui se pose est de savoir si l'activité de médiatrice peut entrer dans le cadre des activités accessoires susceptibles d'être autorisées, qui sont limitativement énumérées à l'article 6 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017, lequel mentionne les activités d'expertise et de consultation, qui semblent les plus proches de l'activité de médiation. Bien que ce dernier cas ne soit pas expressément prévu, il est raisonnable de l'assimiler à de telles activités (consultations et expertises), compte tenu de sa nature et du rôle tenu par le médiateur.

Mais compte tenu aussi de la spécificité de l'activité de médiateur, qui ne prend pas position mais se contente de rendre possible la mise au point d'une solution, dont l'intervention doit être acceptée par les parties, et qui est tenu à une stricte confidentialité, il semble au collège de déontologie qu'il n'y a pas lieu de faire application de la réserve contenue à l'article 25 septies I 3° qui vous interdirait d'entreprendre des médiations dans lesquelles une personne publique serait impliquée. Vous devrez seulement veiller à ne pas intervenir dans le cas où vous auriez eu à connaître d'une affaire dans le cadre de vos fonctions au CDG 67, soit comme juriste, soit comme médiatrice.

Par ailleurs, et sous cette réserve, si la durée de travail dans votre collectivité de médiation indépendante reste accessoire, ainsi que votre rémunération, rien ne paraît porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service public ou vous mettre en situation de prise illégale d'intérêts (article 5 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017).

Dans le cadre du régime de l'activité accessoire, vous pourrez exercer votre activité sous la forme d'une auto-entreprise. Néanmoins, l'autorité hiérarchique dont vous dépendez pourra à tout moment s'opposer au cumul d'activité s'il se révélait incompatible avec l'exercice de vos fonctions (article 11 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017). Aussi, chaque changement d'activité au sein de la collectivité publique ou au titre de votre activité accessoire devra faire l'objet d'une nouvelle demande d'autorisation (article 10 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017).

L'activité accessoire doit être exercée en dehors des heures de service. Il est possible de travailler pendant les congés annuels. En revanche il est interdit de travailler pendant un congé maladie.

II/ Le cas de la dérogation des professions libérales découlant de la nature des fonctions

L'activité de médiatrice peut être définie comme une profession libérale dite « non réglementée ». Il n'existe pas de liste officielle des professions libérales « non réglementées ». Pour l'administration fiscale, il s'agit des personnes qui pratiquent, en toute indépendance, une science ou un art et dont l'activité intellectuelle joue le principal rôle. Leurs recettes doivent représenter la rémunération d'un travail personnel, sans lien de subordination, tout en engageant leur responsabilité technique et morale.

Néanmoins, la possibilité d'exercer une profession libérale, à condition qu'elle découle de la nature de leurs fonctions, prévue au V de l'article 25 septies de la loi n° 84-634 du 13 juillet 1983 ne concerne que les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignant et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique.

Solution :

La fonction de médiatrice ne peut être exercée comme une profession libérale, quand bien même elle découle de la nature des fonctions.

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.

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 ce qui concerne l'atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ou 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'autorité territoriale ne peut vous refuser une autorisation pour une activité entrant dans la liste des activités accessoires 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).

Conclusion

Votre activité de médiatrice peut faire 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, sous les réserves énoncées plus haut. 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.

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

Danièle Mazzega Cécile Hartmann Xavier Faessel