[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 concernant un agent de vos services. Vous trouverez ci-dessous l'avis [redacted] du collège des référents déontologues.

La situation de l'agent concerné

Vous nous indiquez que l'agent concerné exerce son activité sur un poste à temps complet, et qu'à partir du mois de septembre il sera autorisé à travailler à temps partiel (80%).

Il envisage d'exercer en plus de cette activité une activité indépendante de vente à domicile.

Vous souhaitez savoir si un tel cumul d'activité est possible, s'il s'agirait d'une création d'entreprise, et dans ce cas s'il doit refaire une demande spécifique de temps partiel, s'il doit obtenir un n° SIRET, s'il y a lieu de saisir la commission de déontologie de la fonction publique territoriale, et si en cas de saisine du collège de référents déontologues par l'agent et d'avis favorable, le maire est obligé de suivre cet avis.

Cadre juridique

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 la situation de l'agent.

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.

1. Activité accessoire

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 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.

Il s'agit des activités suivantes :

- Expertise et consultation
- Enseignement et formation
- Activités 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 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 international ou d'un Etat étranger

- Services à la personne
- Ventes de biens fabriqués personnellement par l'agent

Ces dérogations ne sont pas de droit mais doivent être soumises à une demande d'autorisation auprès de l'employeur.

2. Création d'entreprise

On peut envisager que l'activité de vente à domicile constitue une création d'entreprise, auquel cas le cumul d'activité serait possible. Pour que le cumul soit autorisé, plusieurs conditions doivent être remplies.

En premier lieu, l'exercice de l'activité de **VDI** doit être compatible avec les obligations de service de l'agent et ne doit pas porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service.

En deuxième lieu, il doit y avoir un véritable projet de création d'entreprise, avec comme objectif pour l'agent de quitter à terme la fonction publique, et non pas seulement la recherche d'un revenu d'appoint.

En troisième lieu, l'agent à temps complet doit faire une demande de temps partiel spécifique en indiquant le motif de sa demande (un temps partiel pour convenances personnelles ne suffit pas) et doit obtenir l'accord de son autorité hiérarchique. Il devra indiquer sous quel régime il souhaitera se placer : VDI ou auto entrepreneur. Dans tous les cas, il devra déclarer son activité à l'URSSAF et, en cas de création d'entreprise, s'il y a accord (avis de compatibilité) de la commission de déontologie (voir ci-dessous), il devra obtenir un n° SIRET.

En troisième lieu, cette demande doit être soumise à l'avis de la commission de déontologie de la fonction publique. Cet avis d'incompatibilité ou de compatibilité, éventuellement assorti de réserves ou de conditions, lie les parties qui ne peuvent pas passer outre. Dans ce processus, un éventuel avis du présent collège de déontologie, qui serait saisi par l'agent, devra être joint à la demande, mais n'aura pas d'effet contraignant.

En quatrième lieu, l'éventuelle autorisation de cumul ne sera valable que pour deux ans, renouvelable pour une année. Au plus tard au bout de 3 ans, l'agent devra choisir entre son activité dans la fonction publique et son activité de chef d'entreprise. A tout moment, son autorité hiérarchique pourra retirer l'autorisation, dans l'intérêt et selon les nécessités du service.

Solution

Il faut distinguer le régime applicable aux agents affectés sur un poste à temps complet, même s'ils ont obtenu un temps partiel, de celui applicable aux agents affectés sur un poste à temps non complet. Seul est examiné ici le cas d'un agent affecté sur un poste à temps complet, ce qui correspond à la situation décrite.

Aucune des activités accessoires limitativement autorisées, sous réserve de l'accord de l'autorité hiérarchique, et qui peuvent être exercées par un agent affecté à un poste à temps complet, ne concerne l'activité de vente à domicile. Celle-ci est donc impossible à titre d'activité accessoire. Voir dans ce sens : AN - réponse ministérielle du 2/12/2008 à question écrite n° 8226.

Si le statut de créateur d'entreprise est envisageable, il est soumis à la condition d'établir de façon suffisamment précise et crédible la réalité du projet de création d'entreprise et de l'objectif de quitter la fonction publique dans un délai maximal de trois ans, ce qui ne semble pas être le cas de l'agent objet de la présente demande (dans la saisine, il est précisé : « il s'agit probablement d'une activité très accessoire »). De plus, ce projet devra être soumis à la commission de déontologie de la fonction publique, dont l'avis de compatibilité ou d'incompatibilité s'imposera.

Enfin, pour mémoire, l'activité envisagée ne peut pas être assimilée à l'exercice d'une activité privée au sein d'une société ou d'une association à but lucratif.

Conclusion

En résumé, l'activité de vendeur à domicile indépendant envisagée apparaît difficilement compatible avec le statut de l'agent concerné, fonctionnaire affecté sur un emploi à temps complet, même s'il obtient un temps partiel. Il ne pourra pas s'agir d'une activité accessoire, et dans le cas que vous décrivez, il ne semble pas s'agir d'un véritable projet de création d'entreprise avec un objectif de quitter la fonction publique.

Si l'agent fait une demande d'autorisation auprès de son autorité hiérarchique, elle devrait être légalement refusée pour ces motifs (sous réserve d'un éventuel véritable projet de création d'entreprise). En cas d'avis favorable de l'autorité hiérarchique, il faudra encore franchir l'obstacle de la commission de déontologie. Si l'agent exerce malgré tout une activité de VDI sans autorisation il risquera des sanctions disciplinaires. En outre, l'administration pourra obliger l'agent à reverser les sommes illégalement perçues dans le cadre d'une activité privée non autorisée.

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