Le [redacted],

[redacted],

Vous avez saisi le [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'activités. Vous trouverez ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues, qui porte le n° 20002.

Votre situation

Vous êtes agent public titulaire de catégorie B. Vous exercez les fonctions de chargée de mission à temps complet au sein du [redacted].

Vous êtes actuellement en arrêt maladie, et ce depuis le [redacted]. Votre dossier est en cours de traitement par le comité médical, qui va statuer sur un éventuel placement en congé longue maladie.

Vous informez le collège des référents déontologues de votre volonté de vous réorientez professionnellement. Plus spécifiquement, vous souhaitez ouvrir un cabinet de sophrologie et pratique du reiki.

Vous vous questionnez sur les sujets suivants :

- Vous est-il possible d'ouvrir un cabinet tout en étant en arrêt maladie/ congé maladie longue durée ?
- Dans le but d'ouvrir un cabinet de sophrologie, serait-il préférable de conserver votre emploi au sein du [redacted] ? Et si oui, à quelle quotité de travail ?
- Encore, est-il préférable de demander une disponibilité ?

Ces questions sont examinées successivement, ci-après.

Cadre juridique

I. Votre statut dans la fonction publique au regard de votre statut médical

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 désormais 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.

Le congé maladie est celui accordé à un fonctionnaire atteint d'une maladie dûment constatée et le mettant dans l'impossibilité d'exercer ces fonctions (article 14 du décret n°87-602 du 30 juillet 1987 pris pour l'application de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif à l'organisation de comités médicaux, aux conditions d'aptitude physique et au régime des congés de maladie des fonctionnaires territoriaux).

A contrario, le congé longue maladie est octroyé au fonctionnaire, qui est dans l'impossibilité d'exercer ces fonctions par suite d'une maladie grave et invalidante nécessitant un traitement et des soins prolongés (article 18 du décret n°87-602 du 30 juillet 1987 pris pour l'application de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif à l'organisation de comités médicaux, aux conditions d'aptitude physique et au régime des congés de maladie des fonctionnaires territoriaux).

A la lumière du principe posé à l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983, selon lequel le fonctionnaire doit se consacrer entièrement aux tâches qui lui sont confiées, et en vertu de l'article 28 du décret précité, et « le bénéficiaire d'un congé de longue maladie ou de longue durée doit cesser tout travail rémunéré, sauf les activités ordonnées et contrôlées médicalement au titre de la réadaptation ». Cette disposition s'applique également opposable aux agents en maladie ordinaire[1].

Il est donc impossible pour le fonctionnaire placé en congé maladie, comme en congé longue durée d'effectuer un travail rémunéré.

En conséquence, vous ne pouvez pas ouvrir un cabinet de sophrologie et de pratique du reiki, tout en bénéficiant d'un congé maladie ou longue durée.

II. Le cumul d'activités en sus de votre emploi public

Si vous envisagez de conserver au sein du département de Belfort, quelque soit la quotité de travail, vous vous soumettez aux dispositions relatives au cumul d'activités.

Dans ce cadre, les textes applicables à votre situation sont 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.

Le principe est que le fonctionnaire doit consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées.

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.

[1] ***Réponse à la question écrite Assemblée nationale n°14250 du 12 juin 1989, QE120689B*** : « L'interdiction énoncée [à l'article 28 du décret du 30 juillet 1987] est également opposable aux fonctionnaires territoriaux placés en congé de maladie ordinaire. Elle constitue, en effet, un rappel d'un principe général posé par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 […], selon lequel ceux-ci ne peuvent exercer une activité privée lucrative, à titre professionnel, sauf exception fixée par décret en Conseil d'Etat ».

Parmi ces cas, deux sont susceptibles de vous correspondre, à savoir le cas de l'activité accessoire et celui de la création d'entreprise. Il convient de les étudier successivement.

A. L'exercice d'une activité accessoire en sus d'un emploi public

Exercer une activité accessoire en sus 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, **lucrative ou non**, 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'elle 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 et elle ne comprend pas l'activité de soins sophrologiques et la pratique du reiki. .

Bien qu'il s'agisse de soins à la personne et que cette activité mobilise en principe une empathie de la part du praticien, prodiguer en dehors d'un cadre médical ne relève dans l'état actuel du droit que d'une activité commerciale ou artisanale.

Solution
Vous ne pourrez pas à travailler à temps complet et exercer en même temps votre deuxième activité au titre des activités accessoires. La seule possibilité qui s'offre à vous est de vous placer sous le régime de la création d'entreprise, dans la perspective de quitter à terme la fonction publique.

B. Sur la création d'entreprise

1. Le principe de la création d'entreprise

En application de l'article 25 I septies de la loi du 13 juillet 1983, « il est interdit au fonctionnaire de créer ou reprendre une entreprise lorsque celle-ci donne lieu à immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou à affiliation au régime prévu à l'article L133-6-8 du code de la sécurité sociale, s'il occupe un temps complet et qu'il exerce ses fonctions à temps plein ».

Il est dérogé à l'interdiction de créer ou reprendre une entreprise lorsque « le fonctionnaire qui occupe un emploi à temps complet, [demande] à être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise et à exercer, à ce titre, une activité privée lucrative ». (Article 25 septies III de la loi du 13 juillet 1983)

2. Sur le régime de la création d'entreprise

Vous ne souhaitez pas, dans l'immédiat au moins, renoncer à votre emploi public et donc la seule possibilité qui s'offre à vous est de vous placer sous le régime de la création d'entreprise. Votre situation relèverait alors des dispositions de **l'article 25 septies II** de la loi du 13 juillet 1983 modifiée, qui permet à un fonctionnaire, sous certaines conditions, de créer

une entreprise et d'exercer à ce titre une activité privée lucrative**.** 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 qui ne peut être inférieur à 50%;
- Obtenir un avis favorable de la commission de déontologie de la fonction publique, éventuellement avec réserves.

a. La demande de travail à temps partiel auprès de l'administration

Pour cela devez commencer par présenter **une demande de travail à temps partiel (qui ne peut être inférieur à 50 %) en vue de la création d'une entreprise**.

Dans le même temps, vous **adresserez à votre administration une demande écrite précisant les modalités d'exercice de votre activité** de sophrologie (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 : désormais l'absence de réponse écrite de l'administration vaut rejet de la demande d'autorisation.).

Vous devez fournir toutes les précisions utiles sur la nature et les conditions d'exercice de cette activité pour prévenir tout risque de conflit d'intérêt. Il faudra également motiver votre demande par un véritable projet de création d'entreprise et de changement d'orientation professionnelle.

b. Le contrôle de la compatibilité entre l'activité principale et l'activité de l'entreprise créée

Un contrôle de compatibilité entre les fonctions exercées et l'activité de l'entreprise créée doit être effectuée. Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2019 relative à la transformation de la vie publique, l'autorité chargée d'effectuer ce contrôle diffère en fonction de la date de la saisine.

❖ Si votre demande est faite avant le 31 janvier 2020

Votre demande de compatibilité entre vos fonctions exercées et la création de l'entreprise doit être soumise par votre employeur à **la commission de déontologie de la fonction publique, qui donne un avis d'incompatibilité ou de compatibilité, avec ou sans réserves**, dans un délai de 2 mois. (Article 25 octies de la loi de 1983 : « la *commission est chargée d'examiner la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise sur le fondement du III de l'article 25 septies avec les fonctions qu'il exerce* », et 25 et suivants du décret du 27 janvier 2017).

L'avis ainsi rendu lie votre employeur et s'impose à vous. Le fonctionnaire ne respectant pas l'avis d'incompatibilité ou de compatibilité avec réserves émis par la commission peut faire l'objet de sanctions disciplinaires.

L'autorisation ne pourra vous être accordée que pour **une durée maximale de deux an**s, 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 d'agent exerçant à temps complet.

- Si votre demande est faite après le 1er février 2020

Le 1er février 2020, la commission de déontologie sera absorbée par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (ci-après HATVP), autorité administrative indépendante. Cette dernière conserve les compétences de l'ancienne commission de déontologie, notamment en matière de création ou de reprise d'une entreprise.

Cependant, il ne s'agira plus de saisir directement la HATVP. La procédure est modifiée.

Désormais, l'agent territorial souhaitant créer ou reprendre une entreprise devra, en premier lieu, **s'adresser à son autorité hiérarchique**, qui se prononcera en premier sur la compatibilité entre les fonctions exercées au cours des trois années et l'activité envisagée au sein de l'entreprise. En cas de doute, l'autorité hiérarchique pourra saisir le référent déontologue, qui veillera, dans le cadre d'un contrôle déontologique, à la compatibilité du projet envisagé avec les anciennes fonctions. Enfin, en cas de doute persistant qu'une analyse poussée n'aura pas permis de lever, le référent déontologue pourra saisir la HATVP, afin qu'elle se prononce.

Là aussi, l'autorisation ne pourra vous être accordée que pour **une durée maximale de trois 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

En créant une entreprise (sous la forme de votre choix, SARL, EURL, SAS, SA, etc), vous pouvez cumuler vos fonctions au sein du département de Belfort. Vous vous placerez alors sous le régime de la création d'entreprise prévu à l'article 25 septies III de la loi du 13 juillet 1983, complété par les articles 13 et suivants du décret du 27 janvier 2017. Vous devez alors demander l'autorisation auprès de votre administration de bénéficier d'un temps partiel. Ensuite, la demande devra encore être soumise à l'avis de compatibilité rendu par une autorité extérieure (formulée avant le 1er février 2020, elle sera portée devant la commission de déontologie de la fonction publique ; formulée après le 1er février 2020, elle sera soumise d'abord à votre administration).

Vous envisagez encore de demander une disponibilité.

III. Sur la disponibilité

D'abord, si vous demandiez une disponibilité, elle relèverait d'une disponibilité discrétionnaire, c'est-à-dire d'une disponibilité sur demande de l'agent. En vertu de l'article 21 du décret n°86-68 du 13 janvier 1986, la mise en disponibilité demandée par l'agent peut être accordée dans des cas limitativement prévus, à savoir :

- Pour études ou recherches présentant un intérêt général ;
- Pour convenances personnelles
- **Pour créer ou reprendre une entreprise (article 23 du décret du 13 janvier 1986, précité)**

Votre situation relèverait d'une demande de mise en disponibilité pour créer une entreprise (le choix de la forme de l'entreprise vous incombant, vous êtes en l'occurrence libre).

Ensuite, la demande de mise en disponibilité doit répondre à des exigences procédurales. L'autorisation est prononcée par l'autorité territoriale (article 18 décret du 13 janvier 1986). L'autorité ne peut s'opposer à la demande de l'agent de mise en disponibilité que pour des motifs liés aux nécessités du service, à une incompatibilité entre l'activité privée lucrative envisagée dans le cadre de la disponibilité et les fonctions exercées dans les trois dernières années précédent la mise à disponibilité pour création d'entreprise.

Surtout, la demande de mise en disponibilité doit répondre à des exigences déontologiques.

A. Les obligations déontologiques avant et après le départ dans le secteur privé

L'agent demandant une mise en disponibilité pour un départ dans le secteur privé (création d'entreprise) doit respecter des obligations déontologiques, listées aux articles 2 et suivants du décret du 27 janvier 2017.

1. L'information de l'autorité hiérarchique

En application de l'article 2 du décret du 27 janvier 2017, tout agent souhaitant quitter ses fonctions dans le secteur public pour partir dans le secteur privé doit en **informer son autorité territoriale au minimum trois mois avant le début de l'exercice de son activité privée.**

De plus, durant trois ans, il devra informer l'administration de tout changement d'activité (toujours trois mois avant chaque changement) afin de vérifier la compatibilité avec ses anciennes fonctions du secteur public.

2. Le contrôle de compatibilité des fonctions exercées avec l'activité privée lucrative au sein de l'entreprise créée

L'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2019 relative à la transformation de la vie publique, dans ces dispositions afférant à la déontologie, au 1er février 2020, modifie substantiellement le régime de la disponibilité pour création d'entreprise. Il y a lieu de distinguer entre une demande de mise en disponibilité effectuée avant le 31 janvier 2020, de celle effectuée, après le 1er février 2020.

La même procédure s'applique que pour la création d'entreprise dans le cadre d'un cumul d'activités, étudiée dans le présent avis au II. B. 2. (p.4).

- ❖ Avant le 31 janvier 2020

Ainsi, pour rappel, l'autorité informée de votre départ dans le secteur privé dans le cadre d'une mise en disponibilité doit saisir dans un délai de 15 jours, **la commission de déontologie de la fonction publique, qui donne un avis d'incompatibilité ou de compatibilité avec ou sans réserve**, dans un délai de 2 mois sur le projet (article 3 du décret n°2017-105 du 27 janvier 2017).

L'avis de compatibilité ne pourra vous être accordé 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.

- Au 1er février 2020

Au 1er février 2020, la commission de déontologie sera absorbée par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, autorité administrative indépendante.

Désormais, l'agent souhaitant créer ou reprendre une entreprise dans le cadre d'une disponibilité devra, en premier lieu, s'adresser à son autorité hiérarchique, qui se prononcera sur la **compatibilité entre les fonctions exercées au cours des trois années et l'activité envisagée dans le secteur privé**.

En cas de doute, l'autorité hiérarchique pourra saisir le référent déontologue, qui veillera, dans le cadre d'un contrôle déontologique, à la compatibilité du projet envisagé avec les anciennes fonctions. Enfin, en cas de doute persistant qu'une analyse poussée n'aura pas permis de lever, le référent déontologue pourra saisir la HATVP, afin qu'elle se prononce.

L'autorisation ne pourra vous être accordée que pour **une durée maximale de trois 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.

L'avis rendu porte sur la compatibilité de l'activité privée envisagée dans le cadre de la disponibilité. Certaines activités sont de facto interdites en cas de départ dans le privé par l'agent.

B. Les activités privées interdites lors du départ dans le secteur privé

Les activités privées qui sont interdites sont celles qui sont exercées dans une entreprise privée si l'agent a, au cours des trois années précédant le début de son activité privée, été chargé, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées, d'assurer le contrôle ou la surveillance de cette entreprise, de conclure des contrats avec celle-ci ou d'émettre un avis sur de tels contrats, ou de proposer directement à l'autorité compétente des décisions concernant des opérations réalisées par cette entreprise ou de formuler un avis sur de telles décisions. L'interdiction vise également toute entreprise ayant avec celle que rejoint l'agent une participation en capital à hauteur de 30 %. Cette interdiction correspond à celle prévue à l'article 432-13 du Code pénal.

Sont également interdites les activités qui risqueraient de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service ou de méconnaître les principes déontologiques mentionnés à l'article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983. Ces interdictions visent non seulement des activités privées en entreprise mais aussi des activités au sein d'organismes privés ou en profession libérale.
Les entreprises publiques exerçant leur activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles de droit privé sont assimilées à des entreprises privées.

NB : Le contrôle porte sur les trois années précédant le début d'exercice de l'activité privée. L'interdiction porte sur les trois années qui suivent la cessation des fonctions justifiant l'interdiction.

Conclusion

En résumé, un cumul d'activités tel que vous l'envisagez n'est possible que si vous prévoyez une création d'entreprise, et non à titre d'activité accessoire. Si vous envisagez de créer une entreprise, vous devrez pour commencer obtenir une **autorisation de travail à temps partiel** qui ne pourra pas être inférieure à **50 %**, et **un avis de la commission de déontologie** de la fonction publique. Toutefois, si vous présentez **votre demande après le 1er février 2020,** c'est l'avis de votre employeur qui sera déterminant, après qu'il aura, le cas échéant, saisi le collège de -déontologie. Après le délai de trois ans au plus, ce régime prendra fin et vous devrez **choisir entre votre activité privée et celle que vous exercez dans la fonction publique.**

Il vous est encore possible de créer un cabinet de sophrologie et de pratique du reiki, dans le cadre d'une demande de mise en disponibilité pour création d'entreprise. Cette solution est envisageable, si vous obtenez un avis de compatibilité (de la commission de déontologie ou de votre administration, suivant la date de la demande).

Pendant la durée de votre activité privée, si celle-ci est considérée comme compatible avec vos fonctions d'agent public par la commission de déontologie, ou par votre employeur, il faudra vous conformer aux réserves émises par ladite commission ou par l'employeur, respecter vos obligations d'agent public, telles que le devoir de réserve, et veiller à ne pas créer de situation de conflit d'intérêts. A cet égard, il vous sera possible, en cas de doute ou de difficultés, de saisir le collège de référents déontologues de questions précises sur des cas particuliers relatifs par exemple à votre devoir de réserve ou à un possible conflit d'intérêts.

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