



Le [REDACTED],

[REDACTED],

Par une demande réceptionnée le 16 juin 2020, 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 une demande de disponibilité. Elle a été enregistrée sous le n°20020. Vous trouverez ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues.

Votre situation

Vous êtes agent titulaire de la fonction publique, de catégorie C. Vous occupez le poste de cuisinière. Vous exercez à temps partiel au sein de la Communauté de communes [REDACTED].

Vous avez fait la demande d'une mise en disponibilité pour convenance personnelle à compter de septembre 2020. Cette demande a été acceptée par votre administration. Vous souhaitez en effet, développer votre microentreprise, dont l'activité consiste à dispenser des cours de cuisine auprès des particuliers. Au vu de l'accroissement de l'activité de votre entreprise, vous vous interrogez sur un changement de forme sociale.

Le placement d'un fonctionnaire en position de disponibilité s'apparente à un départ temporaire de la fonction publique, en l'occurrence pour création ou reprise d'une entreprise.

Le présent avis évoquera en particulier les obligations déontologiques qui s'imposent à un agent en disponibilité, en cas de départ dans le secteur privé, en raison de la création ou de la reprise d'une entreprise.

Cadre juridique

I. Sur la disponibilité pour création ou reprise d'une entreprise

A. Sur le principe de la demande de disponibilité pour création ou reprise d'une entreprise

En l'espèce, votre disponibilité est une disponibilité dite « discrétionnaire », en ce qu'elle répond à une demande de l'agent, et non pas à une initiative de l'administration. 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 relève d'une demande de mise en disponibilité pour créer une entreprise. Mais le choix de la forme de l'entreprise est libre, il est sans conséquence sur la décision de placement en disponibilité.

En vertu de l'article 18 du décret du 13 janvier 1986, c'est à l'autorité territoriale d'autoriser la disponibilité, ce qui, dans votre cas, a déjà été fait.

Toutefois, cette seule décision de disponibilité ne règle pas les questions de compatibilité déontologique entre, d'une part, votre statut d'agent public et, d'autre part, l'activité que vous allez déployer à l'occasion du fonctionnement de votre entreprise.

B. Sur le contrôle déontologique effectué par l'autorité hiérarchique

1. Le principe du contrôle déontologique

L'article 25 octies III de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, complété par le décret du 30 janvier 2020, prévoit qu'un contrôle déontologique soit effectué par l'autorité hiérarchique de l'agent qui souhaite créer ou reprendre une entreprise, dans le cadre d'une disponibilité.

Ce contrôle porte sur la compatibilité des fonctions exercées au cours des trois dernières années, avec le projet de création ou de reprise d'une entreprise par l'agent.

Il est à noter que, suite à l'autorisation de l'administration donnée à l'agent en disponibilité pour création ou reprise d'une entreprise, ce dernier devra durant trois ans, informer l'administration de tout changement d'activité (toujours trois mois avant chaque changement) afin de vérifier la compatibilité de son activité actuelle avec ses anciennes fonctions du secteur public.

En l'occurrence, vous avez demandé une disponibilité pour une durée d'un an. Mais si, durant cette période, votre activité devait être modifiée, vous devriez en informer votre administration.

2. Le régime du contrôle déontologique

L'entrée en vigueur, au 1er février 2020, de la loi du 6 août 2019 relative à la transformation de la vie publique dans ses dispositions afférant à la déontologie, modifie substantiellement le régime du départ de la fonction publique.

En vertu des articles 18 et suivants du décret du 30 janvier 2020, l'autorité hiérarchique doit effectuer un contrôle déontologique portant sur la compatibilité entre les fonctions exercées, durant les trois années précédentes et l'activité au sein de l'entreprise créée ou reprise. Pour ce faire, l'autorité hiérarchique examine si cette activité risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître tout principe déontologique mentionné dans la loi du 13 juillet 1983 (en son chapitre IV), ou si elle place l'agent dans une situation de prise illégale d'intérêts (article 432-13 du code pénal).

En cas de doute, l'autorité hiérarchique pourra saisir le collège de déontologie, 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, l'autorité hiérarchique de l'agent pourra saisir la HATVP (haute autorité pour la transparence de la vie publique), afin qu'elle se prononce.

N.B Auparavant, la commission de déontologie était chargée d'effectuer le contrôle déontologique portant sur la compatibilité des fonctions exercées et le projet de l'agent. Depuis le 1^{er} février 2020, la commission de déontologie a été absorbée par la HATVP, autorité administrative indépendante. Cette dernière conserve les compétences de l'ancienne commission de déontologie, notamment en matière de départ de la fonction publique.

En vertu de l'article 17 du décret du 30 janvier 2020, l'autorité hiérarchique peut s'opposer à la création ou la reprise de l'entreprise, pour les motifs suivants :

- En cas de prise illégales d'intérêts en application de l'article 432-13 du code pénal
- Si l'intérêt du service justifie un refus.
- Si les informations données sont inexactes
- Si le cumul est incompatible avec les fonctions exercées au regard des principes déontologiques mentionnés au chapitre IV de la loi du 13 juillet 1983. (contradiction ou concurrence anormale avec l'activité du service, par ex.)

L'autorité hiérarchique dispose d'une certaine latitude dans sa réponse. En effet, elle peut prononcer :

- Un avis de compatibilité
- Un avis de compatibilité avec réserve(s)
- Un avis d'incompatibilité

Pour satisfaire à ce contrôle déontologique auprès de votre administration, vous devez adresser à votre autorité hiérarchique, les documents suivants :

- La description du projet envisagé comportant toutes informations utiles et circonstanciées (objet social, secteur et branche d'activités de l'entreprise, etc)
- Les statuts ou projets de statuts de l'entreprise créée ou reprise
- Le cas échéant l'extrait du RCS (extrait K ou K bis)

Solution

Afin de créer votre entreprise, **sous quelle que forme que ce soit**, vous devez préalablement vous assurer auprès de votre autorité hiérarchique de la compatibilité de vos fonctions avec la création d'entreprise, au regard des principes déontologiques.

Ce point acquis vous pourrez librement exercer l'activité que vous avez choisie et ce dans la forme que vous souhaiterez : contrairement à la situation dans laquelle l'agent cumule une activité privée avec un emploi public, lorsque l'intéressé est en position de disponibilité, il peut assumer toutes les responsabilités qu'il souhaite, dans l'entreprise qu'il crée selon la forme la mieux adaptée à son projet.

II. Sur la reprise de vos fonctions à l'issue de votre disponibilité

Ce point mérite d'être étudié ici, car il pourrait correspondre à l'hypothèse dans laquelle, dans un an, suite à la création de votre entreprise dans le cadre de votre disponibilité, vous souhaiteriez réintégrer votre administration. Il pourrait en effet être possible pour vous de conserver votre entreprise, mais à certaines conditions toutefois.

A. Sur l'interdiction pour un agent de participer à une société commerciale

L'article 25 septies de la loi du 23 janvier 1983 précise qu'il est interdit au fonctionnaire :

« 1° De créer ou de 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 L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale, s'il occupe un emploi à temps complet et qu'il exerce ses fonctions à temps plein ;

2° De participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif [...]»

Il est interdit pour un agent occupant un emploi à temps non complet pour une quotité supérieure à 70% de participer une société commerciale, qui nécessite une inscription au registre du commerce et des sociétés (RCS). Cette interdiction se justifie par la volonté d'assurer l'indépendance et de limiter les responsabilités des agents en cause, tout comme de lutter contre toute situation de conflit d'intérêts.

Solution

Il vous est impossible de diriger une société commerciale, toutefois vous pourriez être autorisée à exercer une activité privée lucrative, dans le cadre d'un cumul d'activités.

B. Sur le cumul d'activités

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°2020-69 relatif aux contrôles déontologiques de la fonction publique, sont les textes applicables à votre situation.

Pour l'instant, vous exercez à temps partiel (80%). Partant de l'hypothèse qu'en cas de réintégration vous conserveriez les mêmes conditions d'exercice de vos fonctions, les dispositions de droit commun, pour des agents à temps complet vous sont applicables.

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)

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. Ce cumul doit faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès de l'employeur et respecter un certain nombre de règles.

En tout état de cause, 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 10 du décret du 30 janvier 2020 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 11 du décret du 30 janvier 2020. Cette liste est limitative et comprend :

1° Expertise et consultation, sans préjudice des dispositions du 3° du I de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 mentionnée ci-dessus et, le cas échéant, sans préjudice des dispositions des articles L. 531-8 et suivants du code de la recherche ;

2° Enseignement et formation ;

3° Activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel ou de l'éducation populaire ;

4° 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 ;

5° Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale mentionnée à l'article R. 121-1 du code de commerce ;

6° 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 ;

7° Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers ;

8° Activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif ;

9° Mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger ;

10° Services à la personne mentionnés à l'article L. 7231-1 du code du travail

11° Vente de biens produits personnellement par l'agent.

Ces dérogations ne sont pas de droit et sont soumises à **l'autorisation de l'autorité hiérarchique**.

En cas d'autorisation, les dérogations mentionnées du 1° au 9° peuvent être exercées dans le cadre d'une microentreprise, tandis que celles mentionnées du 10° au 11° doivent être exercées sous le régime de la microentreprise.

L'activité de cours de cuisine correspond au cas 2° « Enseignement et formation ».

Toutefois, cette autorisation est assortie de limites. D'abord, cette activité devra être exercée en qualité d'employée et non de dirigeant de la société, en application de l'interdiction faite à l'agent de participer à une société commerciale.

Ensuite, l'activité exercée au sein de l'entreprise doit rester marginale. Il y a lieu de comprendre qu'elle doit rester accessoire aux fonctions exercées par l'agent au sein de l'administration. Plus précisément, en application du décret du 29 octobre 1936 et selon une jurisprudence constante, le volume horaire de l'activité accessoire doit être modeste et ne peut dépasser la moitié d'un temps complet, soit un mi-temps.

De plus, elle ne doit pas porter atteinte au fonctionnement normal du service dans lequel est exercé l'emploi principal.

Solution

Vous pourriez continuer à travailler à temps non complet et exercer en même temps votre deuxième activité au titre des activités accessoires. Cette dernière entre dans le cadre des activités accessoires susceptibles d'être autorisées pour des personnes travaillant à temps non complet dans le cadre de leur activité principale, qui sont limitativement énumérées à l'article 11 du décret du 30 janvier 2020. Il vous est donc possible de cumuler votre emploi avec cette activité de formation.

Toutefois, cette activité devra être exercée en tant que salariée de la société, du moins pas en qualité de dirigeant de celle-ci, et devra rester accessoire par rapport aux fonctions au sein de l'administration.

Conclusion

En résumé, il y a plusieurs points à souligner :

- Dans le cadre d'une disponibilité, vous pouvez créer une entreprise, quelle qu'en soit la forme.
- Votre autorité hiérarchique doit se prononcer sur la compatibilité de votre activité envisagée au sein de votre entreprise avec vos fonctions occupées au sein de l'administration.
- Des formalités sont à respecter pour le contrôle déontologique : un écrit demandant l'autorisation d'exercice à temps partiel en vue de la création d'une entreprise.
- En cas de réintégration, vous pourriez continuer votre activité au sein de l'entreprise, sous réserve d'obtenir l'autorisation de votre supérieur hiérarchique. Mais vous devrez être employée de la société et non personne dirigeante. Enfin, l'activité lucrative devra rester accessoire par rapport à vos fonctions principales.

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

Les référents déontologiques

Xavier Faessel

Cécile Hartmann

Danièle Mazzega