



Le [REDACTED]

[REDACTED],

En votre qualité de Directrice des ressources humaines de [REDACTED] vous avez, par un courriel du [REDACTED] ayant donné lieu à un enregistrement sous le n° 22027, sollicité un avis du collège de déontologie de la fonction publique territoriale des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et du Territoire de Belfort concernant une demande de cumul d'activités. Vous trouverez ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues.

La situation de Madame S., agente concernée par votre saisine

Madame S. est une agente publique titulaire de catégorie C, au grade d'ATSEM principal de 1^{ère} classe, occupant son poste à temps partiel (50%) depuis [REDACTED] pour le compte d'une école de [REDACTED]. Madame S. souhaite renouveler son temps partiel, en vue d'exercer, par la création d'une micro-entreprise, une activité privée d'éducation canine et d'éducation à la lecture pour les enfants de la commune [REDACTED].

Vous sollicitez à ce titre le collège de déontologie sur la faisabilité d'un tel projet.

Cadre juridique

I. Le régime du cumul d'activités pour les agents à temps complet et à temps partiel

Les fonctionnaires et agents publics de la fonction publique territoriale sont soumis au code général de la fonction publique (CGFP), énonçant les droits, obligations et protections qui leur sont applicables.

En vertu d'une loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, les principes de la déontologie dans la fonction publique ont été renforcés, ladite

loi formulant explicitement certains d'entre eux, à savoir : dignité, impartialité, neutralité, laïcité, égalité de traitement ainsi qu'intégrité et probité.

L'article L. 123-1 du CGFP dispose que les agents publics **doivent vouer leur activité professionnelle à leur carrière publique**, et ne peuvent la cumuler avec une activité privée à visée lucrative. Des exceptions sont toutefois prévues, mais la loi distingue selon que l'agent est **employé à temps complet ou non complet**, pour une quotité de travail égale ou inférieure à 70%. Concernant les autres agents à temps non complet (durée de travail supérieure à 70%) ou ceux travaillant à temps partiel sur un poste à temps complet, ils sont alignés sur le régime des agents à temps complet.

Pour un agent employé à temps complet ou à temps partiel, le cumul est possible lorsqu'il s'agit d'une activité accessoire (art L. 123-7 CGFP), lorsque l'agent demande à accomplir son service à temps partiel (dont le volume horaire ne peut être inférieur au mi-temps) pour créer ou reprendre une entreprise (art L. 123-8 CGFP) et en cas de poursuite d'une activité privée au sein d'une société ou d'une association à but lucratif durant une année après un recrutement dans la fonction publique (art L. 123-4 CGFP).

En l'espèce, Madame S. est un agent public initialement employée à temps complet, et qui, depuis le mois de [REDACTED] bénéficie d'une quotité de travail à temps partiel. Elle souhaite renouveler son temps partiel, afin d'exercer une activité privée par le truchement de sa micro-entreprise.

Deux hypothèses sont envisageables : l'exercice de l'activité privée au titre d'une activité accessoire, ou au titre d'un temps partiel pour la création d'entreprise.

II. L'exercice de l'activité d'éducateur canin et d'éducation à la lecture au titre d'une activité accessoire

L'article L. 123-7 du CGFP dispose que :

« L'agent public peut être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à exercer une activité à titre accessoire, lucrative ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé. Cette activité doit être compatible avec les fonctions confiées à l'agent public, ne pas affecter leur exercice et figurer sur la liste des activités susceptibles d'être exercées à titre accessoire. »

La « liste des activités » mentionnée par la loi se trouve au sein de l'article 11 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020, qui énumère limitativement les activités pouvant être autorisées.

Cette liste comprend :

- 1) Expertise et consultation ;
- 2) Enseignement et formation ;
- 3) Activités 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 constituées ou non sous forme sociale ;
- 5) Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale ;
- 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 ;
- 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 international ou d'un État étranger ;
- 10) Services à la personne ;
- 11) Vente de biens fabriqués personnellement par l'agent.

L'article 11 du décret de 2020 précise que les activités mentionnées du 1° au 9° peuvent être exercées sous le régime de la microentreprise, au sens de l'article L. 613-7 du code de la sécurité sociale.

En l'espèce, l'activité projetée par Madame S. vise, d'une part, à établir des rapports contrôlés entre les chiens et les enfants, pour éviter les accidents par morsures et, d'autre part, à permettre aux enfants de « trouver ou retrouver le plaisir de lire à haute voix ». Ces séances, qui seront pratiquées chez les particuliers, **n'entrent dans aucune des catégories d'activités accessoires inscrites au décret du 30 janvier 2020 : elles ne pourront donc pas être pratiquées sous le bénéfice de ces dérogations.**

Peuvent-elles alors trouver place dans le régime de la création d'entreprise, avec passage à temps partiel ?

III. Le régime du temps partiel pour la création d'entreprise

Comme évoqué ci-dessus, l'article L. 123-8 du CGFP prévoit la possibilité pour un agent à temps complet d'être autorisé à accomplir son service à temps partiel en vue de créer ou reprendre une entreprise. L'agent doit demander à son autorité hiérarchique l'autorisation de travailler à temps partiel, sans que la durée de travail ne puisse devenir inférieure à 50% d'un temps complet. Si l'autorisation lui est accordée, il pourra créer une société, y compris sous la forme d'une micro entreprise.

Il doit motiver sa demande par un véritable projet de changement de vie professionnelle. En effet, l'accomplissement du service à temps partiel est **accordé pour un maximum de 3 ans**, sous réserve des nécessités de la continuité et du fonctionnement du service, et selon les possibilités d'aménagement de l'organisation du travail. L'autorisation est renouvelable pour une durée d'un an à compter de la création ou de la reprise de cette entreprise. **A la fin de cette échéance, l'agent doit choisir entre son activité privée ou publique.**

Pour que l'autorisation de création d'entreprise soit délivrée par l'autorité territoriale, le projet de l'agent doit être compatible avec les fonctions exercées. A ce titre, il ne doit pas porter atteinte aux principes déontologiques de la fonction publique, ni compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service public, ni conduire l'agent à se placer dans la situation de l'article 432-12 du code pénal (prise illégale d'intérêts).

A. Sur le contrôle pénal : la prise illégale d'intérêts

Ce délit est défini à l'article 432-12 du code pénal.

Il s'agit du fait, par une personne chargée d'une mission de service public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Concernant le contrôle pénal, notre collègue est d'avis qu'il n'y a en l'espèce aucun risque que Madame S. vienne à exercer un contrôle ou surveillance sur sa propre société par le biais de son activité publique d'ATSEM.

B. Sur le contrôle déontologique

Le respect des obligations déontologiques implique que l'activité privée de l'agent soit compatible avec les obligations déontologiques classiques, le bon fonctionnement du service, et qu'il ne place pas l'intéressé en situation de conflit d'intérêts.

1. Sur le conflit d'intérêts

Aux termes de l'article L 121-5 du CGFP, constitue un conflit d'intérêts :

« [...] toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions de l'agent public. »

Le guide de déontologie de 2021 sur les conflits d'intérêts publié par la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) dégage des critères pour qualifier une situation de conflit d'intérêts. On peut les appliquer au cas d'espèce :

➡ **Le fonctionnaire a-t-il un intérêt ?** Il peut être direct (l'agent-lui-même exerce une autre activité professionnelle), ou indirect (l'activité du conjoint, concubin). Il peut être privé (détention d'actions dans une entreprise), ou public. Enfin, l'intérêt peut être matériel (la rémunération), ou moral (une activité bénévole par exemple).

En l'espèce, Madame S. est effectivement dépositaire d'un intérêt direct, privé et matériel, dans la mesure où elle exercera une activité professionnelle de nature privée, et rémunérée.

➡ **Cet intérêt interfère-t-il (ou risque-t-il d'interférer) avec l'exercice d'une fonction publique ?** L'interférence peut être matérielle (les activités privées et publiques interviennent dans le même secteur), géographique (les intérêts privés et publics existent dans une même commune) ou temporelle (intérêts passés).

Vous indiquez dans votre saisine que Madame S. souhaite créer une entreprise dans le domaine de l'éducation canine et l'éducation des enfants, au titre de laquelle elle interviendra auprès de particuliers, dans le secteur géographique de [REDACTED]. Des interférences matérielles, géographiques et temporaires avec son activité d'agent public peuvent être évoquées.

D'abord, on peut craindre une interférence matérielle, en ce sens que Madame S. est une fonctionnaire exerçant le métier d'ATSEM, qui la met au contact d'enfants de 3 à 6 ans, et qu'elle entend créer une entreprise dans le secteur de l'éducation des enfants de 4 à 12 ans. En vertu de l'identité des deux missions et de la similitude de profils entre les usagers et les potentiels clients, le risque d'interférence au moins partielle entre la fonction publique exercée et les futures missions privées, existe.

Ensuite, Madame S. travaille au sein d'une école située à [REDACTED] et envisage d'intervenir à titre privé auprès d'enfants de 4 à 12 ans dans ce secteur. Dans ces circonstances, on peut craindre une interférence géographique.

➡ **L'intensité de l'intérêt et de l'interférence sont-elles suffisantes ?** L'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique dispose que l'interférence doit être « de nature à influencer, ou à paraître influencer, l'exercice indépendant, impartial et objectif » de la fonction publique. Partant, seule une interférence assez marquée entre les intérêts en présence peut justifier que soit relevé un doute raisonnable sur la capacité de l'agent à exercer ses fonctions de manière indépendante et impartiale.

La question du conflit d'intérêts s'apprécie au cas par cas par l'autorité territoriale. Il vous appartient donc, le cas échéant, d'analyser si le fait pour l'une des assistantes d'une école maternelle de [REDACTED], de créer une entreprise privée pour fournir une prestation d'enfants habitant majoritairement la commune, activité qui sera pour une part au moins similaires à celle qu'elle exerce en tant qu'ATSEM dans une école maternelle locale, constitue une situation de conflit d'intérêts. Dans tous les cas, même si les intentions de l'agent ne tendent pas délibérément à une confusion entre les missions publiques et privées, la simple apparence d'une interférence pourrait permettre de la caractériser. Cependant, compte tenu de la nature des fonctions publiques exercées par Mme S., le collègue est plutôt d'avis qu'une situation de conflit d'intérêts, qui empêcherait Mme S. d'exercer sa fonction d'ATSEM de façon indépendante et impartiale, n'est pas caractérisée.

2. Sur les obligations déontologiques stricto sensu

Dans le cadre d'une création d'entreprise, l'activité envisagée ne doit pas risquer de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître tout principe déontologique mentionné au livre 1er du CGFP, à

savoir : la dignité, l'impartialité, l'intégrité, la probité, la neutralité, la laïcité et l'égalité de traitement. Une atteinte à l'un de ces principes a été de nature à justifier, selon l'ancienne commission de déontologie, un avis d'incompatibilité, ou au moins de de compatibilité avec réserves.

Conformément **aux obligations d'intégrité et de probité**, l'agent ne doit pas avoir recours aux moyens du service à des fins personnelles, par exemple financières. Ainsi, les liens professionnels qui ont été créés à l'occasion des fonctions publiques ne doivent pas être poursuivis dans le cadre de l'activité privée, afin de ne pas user des moyens du service pour s'octroyer un avantage.

En principe, donc, le fonctionnaire ne doit pas faire mention de son activité privée dans le cadre de sa fonction publique, et inversement. Il ne pas doit pas user des rapports sociaux que lui offre le service public avec les autres agents ou usagers pour développer son affaire privée.

Dès lors, vous pourriez recevoir favorablement la demande de création d'entreprise de Madame S., en précisant que son entreprise ne devra pas se développer au moyen d'une publicité opérée lors de ses fonctions publiques, **et qu'elle devra s'abstenir de recevoir des enfants avec lesquels elle aurait travaillé à l'occasion de son activité d'ATSEM.**

Conclusion

- Le collège de déontologie est d'avis que le projet de Madame S. ne peut entrer dans la catégorie des activités accessoires, et ne peut se réaliser qu'au moyen d'une demande de temps partiel pour la création d'une entreprise, ce qui induira pour l'agente de choisir à terme entre son activité publique et son activité privée.
- Le collège de déontologie ne relève aucun risque pénal de prise illégale d'intérêts concernant la création d'entreprise, mais relève néanmoins un risque de conflit d'intérêts, qui toutefois reste faible, et un risque d'atteinte aux obligations de probité et d'intégrité, qui cependant peut être prévenu par des réserves adéquates.
- Le collège de déontologie émet en conséquence un avis de compatibilité, avec réserves. Le collège vous recommande, en votre qualité de Directrice des ressources humaines, de fixer avec Madame S. des règles de discrétion concernant son entreprise privée, en lui demandant de ne pas promouvoir sa future activité privée dans le cadre de son emploi public et en refusant, le cas échéant, de conclure tout contrat avec des enfants qu'elle aurait à sa charge dans le cadre de son activité publique.

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

Xavier Faessel

Cécile Hartmann