

Le [REDACTED]

[REDACTED]

Par un courriel ayant donné lieu à un enregistrement sous le numéro 23017, vous avez 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, à propos d'une demande de cumul d'activités.

Votre situation

Vous êtes une agente publique titulaire de catégorie A, occupant à temps complet le poste de Directrice adjointe des achats et de la commande publique, au grade de Directeur territorial pour le compte de XXXX

Vous souhaitez, en parallèle de votre emploi actuel, créer une micro-entreprise afin de dispenser des conseils sur les marchés publics.

Vous vous questionnez à propos de la faisabilité de ce projet.

Cadre juridique

I. Le régime du cumul d'activité pour les agents publics à temps complet

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.

La loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, a réaffirmé les principes déontologiques qui s'imposent dans la fonction publique, en formulant explicitement certains d'entre eux : 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 consacrer leur activité professionnelle à leur carrière publique**, et ne peuvent dès lors, en principe, cumuler ces missions avec une activité privée à visée lucrative.

Des exceptions sont toutefois prévues :

Ainsi, 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),
- ou lorsque l'agent demande à accomplir son service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise (art L. 123-8 CGFP ; en ce cas le volume horaire ne peut être inférieur au mi-temps),
- ou encore 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, il ressort de votre saisine que vous n'entendez pas réduire votre temps de travail, mais bien exercer les deux activités en cumul. Partant, il convient d'apprécier la compatibilité de votre projet avec le régime des activités accessoires.

I. L'exercice d'une activité privée lucrative au titre d'une activité accessoire

1. Sur les activités accessoires

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 » susceptibles d'être exercées à titre accessoire se trouve à 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. Il est précisé que les activités mentionnées du 1° au 9° peuvent être exercées sous le régime de la micro-entreprise, au sens de l'article L. 613-7 du code de la sécurité sociale.

De façon générale et bien qu'il n'en soit pas fait mention dans le décret de 2020, c'est en application d'un décret du 29 octobre 1936 et d'une jurisprudence constante qu'il incombe à l'agent de veiller au volume horaire consacré à l'activité accessoire. Ces éléments ont été repris dans une circulaire du 11 mars 2008 n° 2157, précisant qu'une activité accessoire correspond à une activité exercée en dehors de l'emploi principal qui ne procure pas une rémunération manifestement trop importante en proportion de celle obtenue via l'emploi principal, ne demande pas un degré d'investissement de l'agent supérieur à celui qu'il a dans son emploi principal, c'est-à-dire une technicité et une charge de travail trop importante au regard de celle qui est la sienne dans ledit emploi, n'est pas effectuée durant un temps de travail manifestement trop important et n'est pas plus incompatible avec les obligations de l'agent quant à son emploi principal (les textes ne précisant pas de volume d'heures pour l'exercice d'une activité accessoire, c'est à l'autorité territoriale d'estimer si la durée de l'activité accessoire lui paraît de faible importance et ne génère aucun problème organisationnel).

Ceci posé, s'agissant de la rubrique d'expertise et de consultation, le collège de déontologie, dans ses précédents avis, a eu l'occasion de s'interroger sur le régime de cette activité accessoire.

Dans un avis 21015, le collège a estimé qu'une telle activité doit rester un service de conseil à titre **ponctuel**, et ne pas tendre à l'exercice habituel d'une activité professionnelle, **ni d'un suivi régulier de clientèle**. Il n'a, à ce titre, pas retenu la compatibilité du projet d'un demandeur dont l'intention était d'exercer une activité continue (il indiquait vouloir l'exercer « les soirs et les week-ends »). En d'autres termes **l'activité de consultation s'entend comme une prestation ponctuelle, en général sous la forme d'un avis juridique ou technique isolé, mais ne correspond pas à des rencontres suivies avec un professionnel, qui constitueraient alors une prestation de services**. De même que l'activité de psychologue libéral, par exemple, qui n'est jamais qualifiée de services d'aide à la personne, l'activité de conseil en entreprise, qui est une discipline non reconnue par un diplôme d'État, est apprécié de façon restrictive lorsqu'il s'agit de la qualifier d'activité accessoire.

Sur l'activité d'enseignement et de formation, celle-ci s'apprécie dans une dimension purement scolaire s'agissant de son pan « enseignement ». L'activité de formation, elle, correspond à la diffusion d'informations sur une thématique donnée, à l'occasion d'un séminaire ou d'une réunion, ce qui ne semble pas correspondre à votre projet. **En revanche**, les suivis individuels que vous entendez mener avec les collectivités en vue d'élaborer des

processus sur la passation des marchés ou des documents-type ne relève pas de l'activité de formation mais de conseil et d'expertise, qui ne peut s'effectuer que de manière ponctuelle, sans suivi régulier, ainsi qu'il a été dit ci-dessus.

II. Sur la compatibilité déontologique de votre projet

Au-delà des règles de cumul proprement dites, il faut se souvenir de ce que les activités cumulées doivent encore respecter des règles spécifiques et donner lieu à une demande d'autorisation auprès de l'employeur.

Ces règles sont précisées à l'article 10 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 qui mentionne que les activités accessoires ne doivent pas porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service, ni placer l'intéressé en situation de méconnaître l'article 432-12 du code pénal (à savoir la prise illégale d'intérêts).

Par définition, le conflit d'intérêts apparaît lorsqu'une personne ayant à accomplir une fonction d'intérêt général se trouve dans une situation où ses intérêts personnels sont en concurrence avec sa mission publique. Cette situation paraît alors de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions.

En l'espèce, il ressort des pièces jointes à votre saisine que vous n'entendez pas collaborer avec des collectivités territoriales qui se situent XXXXX. Néanmoins, votre catégorie d'emploi et votre statut hiérarchique induisent que vous ne devrez pas faire interférer votre emploi public et votre micro-entreprise, y compris pour les collectivités ou les opérateurs économiques en dehors de XXXXX. Vous devez veiller à exercer vos fonctions en toute impartialité et en conformité avec les principes généraux qui régissent la commande publique.

Ainsi, vous ne pourriez pas promouvoir votre activité privée dans le cadre de vos missions publiques, au risque de constituer une prise illégale d'intérêts. Vous ne devriez pas non plus privilégier un quelconque opérateur économique (public ou privé) dans le cadre de vos missions publiques avec lequel vous auriez eu à traiter dans vos fonctions privées, au risque d'enfreindre les règles de passation des marchés.

De plus, vous ne devriez pas faire mention de votre emploi public dans le cadre de votre micro-entreprise (en vue de la promouvoir, par exemple), au risque de faire interférer les intérêts publics de votre collectivité avec vos intérêts privés.

Enfin, à supposer que vous puissiez légalement cumuler plusieurs activités accessoires (ce qui ne semble pas le cas en l'espèce), le collègue de déontologie attire votre attention sur le point de savoir si vous seriez en mesure d'assurer, à la fois, vos responsabilités de Directrice adjointe de la commande publique au sein de XXXXXX, votre activité de formation au sein du X et votre micro-entreprise. Vous n'indiquez pas en effet quel serait le volume horaire que vous envisagez consacrer à votre micro-entreprise ; il faudrait, à ce titre, veiller à ce que votre activité publique reste votre priorité professionnelle, afin de garantir la continuité et le bon fonctionnement du service.

Conclusion

- Le collège de déontologie émet une réserve quant à votre projet d'accompagner des collectivités ou des bureaux d'études dans des processus et des rédactions de documents qui auraient trait à la commande publique au titre de l'activité accessoire de conseil et d'expertise. Cette activité accessoire doit être exercée à titre ponctuel, et ne doit pas constituer une activité régulière ni un suivi régulier d'une clientèle.
- Le collège de déontologie est d'avis que votre projet comporte des risques de conflit d'intérêts et de prise illégale d'intérêts, notamment au regard du niveau hiérarchique de votre emploi public. Il vous faudrait donc, en tout état de cause, opérer une séparation nette entre votre micro-entreprise et vos fonctions de Directrice adjointe, pour que ces deux activités n'interfèrent jamais, même en dehors des départements du Bas-Rhin et du Haut-Rhin.
- Le collège de déontologie attire votre attention sur le fait que votre activité publique devra rester votre priorité professionnelle afin de ne pas troubler le fonctionnement ni la continuité du service en raison de vos deux activités cumulées.

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

Les référents déontologues

Xavier Faessel

Cécile Hartmann

Danièle Mazzega