



Le [REDACTED]

[REDACTED],

Vous avez, par un courrier du [REDACTED] ayant donné lieu à un enregistrement sous le n° 23002, 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.

Vous trouverez ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues.

Votre situation

Vous êtes agente publique contractuelle, au grade d'agent spécial principal de 2^{ème} classe des écoles maternelles, et occupant le poste d'ATSEM à temps non complet (26/35^{ème}) pour le compte de [REDACTED]

Vous souhaitez, en parallèle de votre emploi à temps non complet, créer une microentreprise de soin et bien-être avec la vente de produits cosmétiques et de bracelets en pierre, reconnus en lithothérapie comme ayant des effets bénéfiques sur le corps.

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

Cadre juridique

I. Le régime du cumul d'activités pour les agents à temps complet et à temps non complet dont le temps de travail est supérieur à 70%

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 consacrer 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 exerce à temps complet ou non complet, avec une différence supplémentaire lorsque le volume horaire est inférieur ou égal à 70%.

Pour un agent employé à temps complet **ou à temps non complet à plus de 70%**, le cumul n'est en principe possible que 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 un agent à temps complet et à condition que le volume horaire ne soit pas inférieur au mi-temps) pour créer ou reprendre une entreprise (art L. 123-8 CGFP).

En l'espèce, vous indiquez que vous exercez votre emploi public à temps non complet, mais pour une quotité de travail de 26/35 heures, soit un volume horaire d'un peu plus de 74 %. Dans ce cadre, le premier régime envisageable pour votre projet est celui d'un cumul au titre des activités accessoires.

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

1. Sur la compatibilité de l'activité de massages et de vente de produits associés avec la liste des 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 microentreprise, au sens de l'article L. 613-7 du code de la sécurité sociale.

En l'espèce, les seules activités qui pourraient se rapprocher de vos projets (à savoir la dispense de massages « bien-être et réflexologie », et la vente de bracelets de lithothérapie et de cosmétiques) sont la vente de biens fabriqués personnellement par l'agent et l'activité de soins à domicile pour les personnes dépendantes (qui sont des services à la personne au sens de l'article D7231-1 du code du travail).

Néanmoins, rien n'indique, dans votre saisine, que les bracelets et les cosmétiques seront des biens que vous fabriquerez, ni que les prestations de bien-être toucheront un public dit « dépendant ».

Il faut alors en conclure que les activités que vous souhaitez exercer ne sont pas couvertes par la liste des activités accessoires. Il en résulte que vous ne pourrez pas réaliser votre projet de cumul d'activité avec votre emploi public au titre d'une activité accessoire.

II. Le régime de la création d'entreprise

Bien que cela excède, semble-t-il, votre projet actuel, le collège attire votre attention, à titre de simple information, sur la possibilité pour un agent public de créer une entreprise.

Il faudrait dans ce cas vous conformer aux dispositions de **l'article L.123-8** du CGFP qui offre 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. Dans votre cas, comme vous travaillez dans la fonction publique à hauteur de 74%, il vous appartiendrait de déterminer si cela vous semblerait suffisant ou non pour lancer votre projet.

Il vous faudra demander à votre autorité hiérarchique l'**autorisation** de réduire éventuellement votre temps de travail, sans que la durée de travail soit inférieure à 50%. Et dans tous les cas obtenir l'autorisation de vous placer sous le régime de la création d'entreprise, en indiquant la nature des activités privées lucratives que vous envisagez d'exercer. Si l'autorisation vous est accordée, vous pourrez créer une société, y compris sous la forme d'une microentreprise pour devenir, par exemple, une travailleuse indépendante. En l'espèce, ce statut vous permettrait d'effectuer des massages de bien-être, pour des personnes qui ne relèvent pas de la catégorie personnes dépendantes ou exercer les activités de vente.

Dans cette optique, il vous faudra motiver votre 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, vous aurez à choisir entre vos activités privées et publiques.

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, compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service public, ou conduire l'agent à se placer dans la situation de l'article 432-12 du code pénal (la prise illégale d'intérêts).

A. Sur le contrôle pénal

1. Prise illégale d'intérêts

Définie à l'article 432-12 du code pénal, la prise illégale d'intérêts interdit à l'agent public :

- D'assurer ou d'avoir assuré la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée ;
- De conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats ;
- De proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions ;
- De prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions ;
- De participer par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées.

En l'espèce, le collège de déontologie est d'avis que, en raison de la nature de vos fonctions, il n'existe pas de risque que vous proposiez directement à votre autorité territoriale de prendre des décisions en lien avec des opérations réalisées par votre entreprise privée.

2. Exercice illégal d'une profession réglementée

L'ancienne commission de déontologie a eu l'occasion de rendre plusieurs avis sur des activités de bien-être et autres moyens (conventionnels ou non) d'accompagnement des personnes. Les points de vigilances fréquemment soulevés étaient **les dérives sectaires et l'exercice illégal de la médecine ou de toute autre profession réglementée**.

Par exemple, et pour un fonctionnaire souhaitant développer une activité de massage de bien-être à domicile, la commission rappelle que l'intéressé doit s'abstenir de tout acte constituant l'exercice illégal de la médecine réprimé par l'article L. 4161-1 du code de la santé publique ou d'une profession paramédicale, notamment de celle de masseur-kinésithérapeute (avis n° 11.A0404 du 13 avril 2011).

Elle a, en revanche accepté que la directrice d'une école puisse exercer une activité de « coaching », intégrant notamment du conseil en organisation personnelle, sous réserve que l'intéressée s'abstienne, pendant la durée du cumul d'activités, de tout acte réservé aux professions paramédicales réglementées, de tout acte constituant l'exercice illégal de la médecine réprimé par l'article L. 4161 -1 du code de la santé publique et de prendre en charge des usagers avec lesquels elle a été, est ou sera en contact dans le cadre de ses fonctions administratives (Avis n°16E1363 du 9 juin 2016).

Le **délit d'exercice illégal de la kinésithérapie** est prévu aux articles L.4323-4 et L.4323-4-1 du code de la santé publique. Ils prohibent notamment le fait de pratiquer la massothérapie sans être titulaire du diplôme d'État afférant ou sans être inscrit au tableau de l'ordre de la profession.

Quant à la possibilité de prodiguer des massages, la Cour de Cassation a récemment dégagé la solution suivante :

« Seul est qualifiable d'acte professionnel de masso-kinésithérapie le massage qui a pour but de prévenir l'altération des capacités fonctionnelles, de concourir à leur maintien et, lorsqu'elles sont altérées, de les rétablir ou d'y suppléer [...] la compétence exclusive des masseurs-kinésithérapeutes est donc restreinte aux massages à but thérapeutique. »

En conséquence, une personne non kinésithérapeute offrant des services de massages ne risque pas nécessairement de se livrer à l'exercice illégal de la kinésithérapie, dès lors que le massage n'a pas de visée thérapeutique.

Concernant votre demande, vous devrez vous assurer que les massages en réflexologie que vous dispenserez auront pour seul et unique but le bien-être de votre clientèle, et non un but thérapeutique, médical ou paramédical, au risque que votre activité constitue l'exercice illégal d'une profession réglementée.

B. Sur le contrôle déontologique

L'activité envisagée ne doit pas risquer de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, ni de méconnaître tout

principe déontologique mentionné au livre 1er du CGFP (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 relevé par l'ancienne commission de déontologie, comme étant de nature à justifier un avis d'incompatibilité, ou au moins de compatibilité avec réserves.

➤ **Le fonctionnement normal du service**

Le respect des obligations déontologiques induit que l'activité privée de l'agent doit être compatible avec la continuité du service, et qu'elle ne doit pas l'entacher dans sa **réputation** ou la représentation que s'en font les usagers et les autres agents.

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

L'ancienne commission de déontologie, statuant sur ces mêmes questions, a déjà pu rendre des avis de compatibilité avec réserves.

Concernant l'exercice d'une activité de kinésiologie avancée (activité de soins non conventionnelle), elle a décidé qu'un greffier ne portait pas atteinte aux critères déontologiques, sous réserve qu'il s'abstienne pendant toute la durée du cumul de faire mention de sa qualité dans l'exercice de son activité privée, de prendre en charge des collègues ou des personnes rencontrées dans le cadre de ses fonctions administratives et de tout démarchage sur le lieu d'exercice de ces fonctions (avis n°18E4070 de novembre 2018).

➤ **L'intégrité et la probité**

Par ailleurs, et conformément aux obligations d'intégrité et de probité, l'agent **ne doit pas avoir recours aux moyens du service à des fins personnelles**, et notamment financières.

Les liens professionnels créés à l'occasion des fonctions publiques ne doivent pas être poursuivis dans le cadre de l'activité privée, en raison du respect des principes de probité et d'intégrité, pour éviter à l'agent d'user des moyens du service pour s'octroyer un avantage.

En l'espèce, vous ne devez pas vous servir de votre emploi public pour promouvoir votre activité, ni en faire mention.

➤ **La dignité**

S'appuyant sur les constatations faites par la MIVILUDES, l'ancienne commission de déontologie a estimé que les pratiques non conventionnelles avec un risque de dérive sectaire exercées en cumul avec un emploi public portent atteinte à la dignité des fonctions administratives de l'agent, (avis n°18H0480, 12 avril 2018).

La MIVILUDES s'est penché sur la pratique de la réflexologie ainsi que sur la lithothérapie, pratiques qui présentent, dans certains cas, un risque de dérive sectaire. La MIVILUDES considère que ces pratiques sont sans risque tant qu'elles ne sont pas dispensées dans l'optique de soigner une clientèle, et de l'éloigner des méthodes de soins classiques.

En l'espèce vous devez prendre garde à ne pas laisser s'installer un doute quant à la portée de votre activité non thérapeutique.

Enfin, il convient d'énumérer les éventuelles conséquences du non-respect des obligations déontologiques. Des sanctions administratives sont possibles : l'article L. 123-9 du CGFP dispose que, sans préjudice de l'engagement de poursuites disciplinaires, la violation par un agent public des dispositions du présent chapitre donne lieu au reversement par celui-ci des sommes perçues au titre des activités interdites, par voie de retenue sur le traitement.

En l'espèce, s'il s'avère que si vous veniez à exercer des activités pour lesquelles il existe une incompatibilité déontologique, et non autorisées par votre autorité hiérarchique, ce comportement pourra être sanctionné disciplinairement ainsi que par la voie d'une retenue sur votre traitement.

Conclusion

- Le collège de déontologie émet un avis d'incompatibilité concernant votre projet de cumuler votre emploi dans la fonction publique avec la création d'une microentreprise pour des massages/bien-être comportant la vente de cosmétiques et de bracelets que vous n'aurez pas vous-même fabriqués. Cet exercice n'entre pas dans la liste des activités accessoires autorisées.
- Si vous souhaitez malgré tout persister dans ce projet, le collège de déontologie vous informe de ce que vous pourriez demander à bénéficier des dispositions de l'article L.123-8 du CGFP qui permet à tout agent employé à moins de 100% d'exercer une activité privée lucrative à titre professionnel dans le cadre de la création ou de la reprise d'une entreprise, et donc sans être limitée par l'article 11 du décret du 30 janvier 2020. Vous devrez alors le soumettre à votre administration, pour l'autorisation. Dans cette perspective, il conviendra de lui présenter toutes les garanties ci-dessus citées.

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

Cécile Hartmann

Xavier Faessel

Danièle Mazzega