A quelles conditions un agent public peut cumuler un emploi public avec une activité de travailleur indépendant ?

Par Sophie Delpierre,
responsable du service des Affaires juridiques du Cdg 83

« Nul n'est censé ignorer la loi », « nul agent public n'est censé ignorer ses obligations déontologiques » ?

C'est un beau paradigme mais conscient de l'impossibilité d'exiger autant alors même que la déontologie est fortement sujette à avis divergents, le législateur a créé le référent déontologue et affirmé le rôle du supérieur hiérarchique en la matière.

Le précepte à suivre est alors devenu : *« nul agent public n'est censé ignorer l'existence de règles déontologiques. il doit se rapprocher de son supérieur hiérarchique pour veiller à les suivre. Il peut demander conseil au référent déontologue au besoin ».*

L'illustration la plus parlante est celle de l'interdiction pour un agent public d'exercer à titre professionnel une activité lucrative de quelque nature que ce soit qui connait quelques dérogations (articles 25 septies et 32 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 + décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020).

Le législateur en a retoiletté les dispositions pour clarification, du moins c'était l'objectif initial, en 2016 par la loi de la déontologie, droits et obligations des fonctionnaires.

Paradoxalement, alors que beaucoup avaient annoncé un durcissement avec notamment une interdiction de tout cumul sous le régime de l'auto-entreprise, il y a eu peu de changements, ils sont surtout d'ordre procédural ou en réalité plus favorables.

Ensuite, la loi de transformation de la fonction publique a, sans modifier les obligations déontologiques, accentué le rôle des employeurs publics en leur confiant une grande partie de la charge des contrôles déontologiques relevant auparavant de la feue commission de déontologie (l'autre partie a été confiée à la Haute Autorité à Paris).

Vous avez alors compris l'importance pour l'autorité territoriale et les managers de s'approprier les règles en la matière et de savoir répondre à la question la plus récurrente : la réponse est affirmative mais sous certaines conditions et selon certaines dérogations (Cf tableau P. 21)…

Est-il possible aujourd'hui d'être agent public et d'être travailleur indépendant en même temps ?

Les annonces d'impossibilités trouvent leur origine dans la liste des activités « privées » expressément interdites à tout agent public dressée par le I dudit article 25 septies qui comprend notamment l'interdiction : « 1° De créer ou de reprendre une entreprise lorsque celle-ci donne lieu… à affiliation au régime prévu à l'article L. 613-7 du code de la sécurité sociale (= les travailleurs indépendants au régime micro-social), s'il occupe un emploi à temps complet et qu'il exerce ses fonctions à temps plein ».

Mais, d'une part, cette interdiction ne vise que les agents qui occupent un emploi à temps complet et exercent leurs fonctions à temps plein. Elle ne concerne donc pas ceux à temps non complet ou à temps partiel, ni ceux en position de disponibilité.

Puis, d'autre part, le IV du même article 25 septies précise que « Par dérogation au 1° du I du présent article (= la fameuse interdiction de créer ou reprendre une entreprise), ces activités [accessoires] peuvent être exercées sous le régime prévu à l'article L. 133-6-8 (devenu 613-7) du code de la sécurité sociale. Dans certains cas, ce statut est même obligatoire *(cf tableau P. 21)*.

Attention les textes visent l'article 613-7 du code de la sécurité sociale et non la notion de travailleur indépendant, ni celle de micro ou auto-entrepreneur, employées indifféremment dans le langage courant. En pratique, l'employeur devra vérifier si les conditions légales exactes sont remplies pour l'activité accessoire : l'agent devra répondre à la condition sine qua non : *« exercées sous le régime prévu à l'article L. 133-6-8 (devenu 613-7) du code de la sécurité sociale »*, c'est-à-dire les travailleurs indépendants mentionnés à l'article L. 611-1 qui ne relèvent pas des régimes mentionnés aux articles L. 640-1 et L. 651-1 (ce qui exclut d'office certaines professions) notamment médicales et les avocats et qui impose de ne pas dépasser certains seuils de chiffre d'affaires.

Quelle est la différence entre travailleur indépendant sous le régime du micro-social, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur ?
Être un travailleur indépendant, c'est exercer une activité professionnelle à son compte et indépendamment de tout lien de subordination. Un travailleur indépendant peut être micro-entrepreneur ou non.

Depuis le 1er janvier 2016, les deux régimes « auto-entrepreneur » et « micro-entrepreneur » ont fusionné pour devenir un seul et unique statut « micro-entrepreneur ». Donc, désormais, même si l'autre appellation est utilisée plus fréquemment dans le langage courant, le seul statut qui existe légalement est le **statut de micro-entrepreneur** (ou "micro-entreprise").

Attention, de manière générale, un agent public dont le projet entre dans les cas dérogatoires à l'interdiction de cumul d'activités mentionnés ci-dessus ne peut exercer une activité secondaire que si son exercice :

→ Ne porte pas atteinte à la dignité des fonctions exercées dans la fonction publique

→ Ne risque pas de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service,

→ Respecte les principes déontologiques de la fonction publique (impartialité, intégrité, probité, neutralité, laïcité),

→ Ne peut pas conduire l'agent à une prise illégale d'intérêts.

Sans préjudice de l'aspect pénal, la violation des obligations donne lieu au reversement des sommes perçues au titre des activités interdites, par voie de retenue sur le traitement et à l'engagement de poursuites disciplinaires (IV de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983).

CAS DE CUMUL POSSIBLE AVEC UNE ACTIVITÉ DE TRAVAILLEUR INDÉPENDANT

1. Temps complet + Temps partiel pour création ou reprise d'entreprise > ou = 50%	**Autorisation. Limitée à 3 ans + 1 an tous les 3 ans.** **Contrôle internalisé sauf pour certains emplois fonctionnels** (40 000 habitants) et certains collaborateurs de cabinets (collectivités de 20 000 habitants ou de plus de 5 millions de budget ou EPCI de plus de 5 millions de budget) **qui nécessitent une saisine directe obligatoire de la HATVP.** Elle est accordée, sous réserve des nécessités de la continuité et du fonctionnement du service et compte tenu des possibilités d'aménagement de l'organisation du travail. Lorsque l'autorité hiérarchique a un doute sérieux sur la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours des trois années précédant sa demande d'autorisation, elle saisit pour avis, préalablement à sa décision, le référent déontologue puis la HATVP si el doute persiste.
2. Temps non complet < ou = 70 % d'un temps complet	**Déclaration.** Il est dérogé à l'interdiction d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative lorsque l'agent occupe un emploi permanent à temps non complet ou incomplet pour lequel la durée du travail est inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail. C'est l'organe délibérant qui fixe la durée de travail de l'emploi.
3. Activités accessoires limitées	**Autorisation.** **Contrôle effectué par l'autorité territoriale** Les activités susceptibles d'être autorisées à ce titre sont limitativement : 1° Certains type d'Expertise et consultation ; 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 dans des exploitations agricoles 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 certains membres de sa familles dans certaines conditions ; 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 listés ; 11° Vente de biens produits personnellement par l'agent. Les activités mentionnées aux 1° à 9° peuvent être exercées sous le régime de travailleur indépendant au micro-social. Pour les activités mentionnées aux 10° et 11°, c'est même une obligation.
4. Production des œuvres de l'esprit	**Libre sous réserve du respect des obligations de discrétion et de secret professionnels**. Il faut que l'activité entre dans le cadre des œuvres de l'esprit, au sens des articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle. Il ne s'agira pas d'avoir le statut exigé pour une activité accessoire mais celui propre aux artistes-auteurs.
5. Départ vers le privé (disponibilité, démission…).	**Autorisation.** **Contrôle internalisé sauf pour certains emplois fonctionnels** (40 000 habitants) **et certains collaborateurs de cabinets** (collectivités de 20 000 habitants ou de plus de 5 millions de budget ou EPCI de plus de 5 millions de budget) **qui nécessitent une saisine directe obligatoire de la HATVP**
6. Activités poursuivies pendant 2 ans max après le recrutement en tant qu'agent public	**Déclaration.** Cela ne concerne que le lauréat d'un concours ou l'agent recruté en qualité d'agent contractuel de droit public, travailleur indépendant avec une société (EURL etc..), selon l'avis 14H0087 du 03/02/14 de la Commission de déontologie.
7. Autres spécifiques	Ex. : architecte…

➔ **Pour plus de renseignements** : consultez la page dédiée au Collège référent déontologue du CDG 83.