

CUMUL D'ACTIVITES

Avertissement :

La présente note a un but seulement informatif. Elle ne constitue pas un document à caractère opposable.

La question du cumul d'activités se pose aussi bien pour le secteur public que le secteur privé qui obéissent à des règles différentes.

I- Cumul d'activités dans la fonction publique

Dispositions réglementaires du cumul d'activité :

Loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment son article 25, modifiée par la Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016

Loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale

Loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

Décret 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique (abrogeant le décret n°2007-658 du 2 mai 2007 et le décret n°2007-611 du 26 avril 2007)

Les droits et obligations des fonctionnaires et agents contractuels des trois fonctions publiques ont été modifiés par la loi du 20 avril 2016 et le décret du 20 janvier 2017.

La présente note traitera uniquement la question du cumul de l'emploi public avec une activité accessoire ou avec la création ou reprise d'une entreprise ou d'une activité libérale.

Pour les autres types d'activités ou de situations nous renvoyons le lecteur vers les dispositions législatives et réglementaires ci-dessus mentionnées.

Les termes d'autorité ou d'autorité compétente ou d'autorité hiérarchique seront indifféremment employés pour désigner l'employeur.

A) Public visé

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 fait expressément entrer dans le champ de la réglementation relative au cumul d'activités : « *les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public* ».

- **Les fonctionnaires, y compris les fonctionnaires stagiaires** : les fonctionnaires sont les agents publics nommés dans un emploi permanent, et qui sont soit stagiaires, soit titularisés dans un grade d'une hiérarchie des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements hospitaliers.

Seuls les fonctionnaires en service dans une administration sont concernés par la présente note.

Il est à préciser que le fonctionnaire qui cesse temporairement ou définitivement ses fonctions, placé à ce titre dans une position conforme à son statut (disponibilité, retraite, etc.) et qui souhaite exercer une activité privée, est tenu d'en informer par écrit l'autorité dont il relève trois mois au moins avant le début de l'exercice de son activité privée (article 2 du décret du 27 janvier 2017).

- **Les agents non titulaires de droit public** : sont notamment concernés les contractuels qui entrent dans le champs d'application des décrets n°86-83 du 17 janvier 1986 modifié (agents non titulaires de l'Etat), n° 88-145 du 15 février 1988 modifié (agents non titulaires de la fonction publique territoriale) et n° 91-155 du 6 février 1991 modifié (agents contractuels des établissements hospitaliers) ainsi que ceux à qui les dispositions ont été rendues expressément applicables (ex : agents affectés dans des groupements d'intérêt public ou des autorités publiques indépendantes).

La présente note utilisera le terme de « fonctionnaire » pour désigner indifféremment les fonctionnaires titulaires et stagiaires ainsi que les agents contractuels.

B) Principe de l'interdiction de cumul d'activités

L'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 pose le principe selon lequel les fonctionnaires et les agents non titulaires doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées.

Cette interdiction s'applique aussi bien pour les fonctionnaires à temps partiel ou à temps plein que ceux occupant un emploi à temps complet ou à temps non complet.

L'article 25 septies fixe la liste des activités privées interdites pour les agents publics même si elles sont exercées à but non lucratif :

- La participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations non reconnues d'utilité générale ;
- Le fait de donner des consultations, de procéder à des expertises et de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ;

- La prise, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance ;
- La création ou la reprise d'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 (auto-entreprise, régime microsocial) si le fonctionnaire occupe un emploi à temps complet et qu'il exerce ses fonctions à temps plein ;
- Le cumul d'un emploi permanent à temps complet avec un ou plusieurs autres emplois permanents à temps complet.

→ **A noter** : la loi du 20 avril 2016 a introduit une disposition transitoire :

- les fonctionnaires autorisés à accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise à la date d'entrée en vigueur de cette loi continuent à accomplir ce service jusqu'à terme de leur période de temps partiel ;
- Les fonctionnaires qui occupent un emploi permanent à temps complet exercé à temps plein et qui ont créé ou repris une entreprise, y compris 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, doivent se conformer à l'article 25 septies de la loi de 1983 dans un délai de deux ans ;
- Les fonctionnaires qui occupent un emploi permanent à temps complet et qui exercent un ou plusieurs autres emplois permanents à temps complet doivent se conformer à l'article 25 septies de la loi de 1983 dans un délai de deux ans.

C) Les dérogations à l'interdiction cumul d'activités pour les fonctionnaires à temps complet

Des dérogations sont prévues au principe de l'interdiction de cumul. Ainsi, sous certaines conditions le fonctionnaire peut cumuler son emploi public avec une activité accessoire ainsi que la création ou la reprise d'une entreprise.

1) L'exercice d'une activité accessoire

Dans certains cas, les fonctionnaires à temps complet peuvent être autorisés à exercer, à titre accessoire, une activité (lucrative ou non) auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé, dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions confiées dans l'administration et n'affecte pas leur exercice. **L'activité accessoire ne doit pas porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service de l'agent.**

La liste des activités exercées à titre accessoire et susceptibles d'être autorisées par l'autorité dont relève l'agent est énoncée de façon limitative par l'article 6 du décret du 27 janvier 2017 :

- Expertise et consultation auprès d'entreprises ou organismes privé ;
- Enseignement et formation ;

- Activité à caractère sportif ou culturel, y compris encadrement et animation dans les domaines sportif, culturel, ou de l'éducation populaire ;
- Activité agricole dans des exploitations agricoles constituées ou non sous forme sociale ;
- Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale ;
- 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 ;
- Travaux de faible importance réalisés chez des particuliers ;
- Activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif ;
- Mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger.

Toutefois, le fonctionnaire peut exercer librement une activité bénévole au profit de personnes publiques ou privées sans but lucratif, excepté les activités prévues aux points 2°, 3 et 4° du I de l'article 25 septies de la loi de 1983.

Pour pouvoir exercer l'une des activités accessoires citées ci-dessus, le fonctionnaire doit adresser une demande écrite qui comprend les informations suivantes (articles 8, 9 et 10 du décret du 27 janvier 2017) :

- l'identité de l'employeur ou nature de l'organisme pour le compte duquel s'exercera l'activité accessoire envisagée ;
- ainsi que la nature, la durée, la périodicité et les conditions de rémunération de cette activité accessoire.

Le défaut de réponse dans un délai d'un mois (ou 2 mois en cas de demande d'informations complémentaires par l'employeur) **à compter de la réponse vaut refus**. Le fonctionnaire ne peut alors exercer cette activité qu'en dehors des heures de service.

L'autorisation est sans limite de temps. Toutefois, l'employeur peut s'opposer à tout moment à la poursuite d'une activité accessoire lorsque :

- l'intérêt du service le justifie,
- les informations sur la base desquelles l'autorisation a été accordée sont erronées,
- l'activité en cause ne revêt plus un caractère accessoire.

2) La création ou reprise d'une entreprise ou d'une activité libérale

a) L'autorisation de cumul

Le fonctionnaire à temps complet peut être autorisé à cumuler son emploi public avec la création ou la reprise d'une entreprise ou d'une activité libérale.

Ce cas de figure vise l'exercice de la profession d'infirmier en libéral y compris lorsque le fonctionnaire ou l'agent souhaite exercer en tant qu'infirmier remplaçant en libéral.

En effet, dans une réponse ministérielle du 3 mai 2011 relative au cumul des infirmiers il a été précisé que : *«L'exercice libéral d'une profession n'entre pas dans ces activités à caractère accessoire et leur cumul avec l'activité principale du fonctionnaire ne peut*

s'envisager que dans le cadre de la création ou de la reprise d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole. »

Il s'agit d'une autorisation explicite.

Le fonctionnaire qui usera d'une disponibilité obtenue pour un motif autre que la création ou la reprise d'une entreprise mais qui souhaiterait exercer en libéral devra informer sans délai son autorité. A défaut, l'exercice en libéral l'exposera à des poursuites.

b) L'exigence supplémentaire : la nécessité de détenir l'autorisation à accomplir un service partiel

Lorsque le fonctionnaire sollicite l'autorisation de cumul d'activités il devra également demander par écrit, à son autorité hiérarchique, l'autorisation d'accomplir un service partiel.

Cette demande devra être formulée **au plus tard 3 mois avant la date de création ou de reprise** de cette entreprise ou de cette activité.

Avant la loi d'avril 2016, le fonctionnaire bénéficiait d'un temps partiel de droit pour créer ou reprendre une entreprise. Ainsi, le supérieur hiérarchique ne pouvait lui refuser ce temps partiel. **Aujourd'hui, l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée sur autorisation**, sous réserve des nécessités du service ou les difficultés d'organisation du travail.

Toutefois, cette disposition n'a pas d'incidence sur les autorisations accordées avant la réforme.

Le temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise est ouvert pendant une durée maximale de deux ans, renouvelable pour une durée d'un an, à compter de cette création ou de cette reprise.

En résumé :

Le cumul de l'emploi public avec la création ou la reprise d'une entreprise ou d'une activité en libéral ne serait donc possible que si le fonctionnaire obtient cumulativement :

- l'autorisation de son employeur pour le cumul d'activité
- et, l'autorisation pour le passage en service à temps partiel.

Cette note est à titre informatif et les employeurs peuvent en tirer une interprétation différente des dispositions de l'article 25 septies de la loi de 1983 et de celles du décret de 2017.

Par conséquent, chaque fonctionnaire est invité à se rapprocher de son autorité hiérarchique pour obtenir confirmation.

c) **Procédure :**

Le fonctionnaire doit formuler sa demande de cumul d'activités auprès de son autorité administrative qui lui en accusera réception.

Cette demande doit comporter les informations suivantes :

- Identité de l'employeur ou nature de l'organisme pour le compte duquel s'exercera l'activité accessoire envisagée ;
- Nature, durée, périodicité et conditions de rémunération de cette activité accessoire ;
- Toute autre information susceptible d'éclairer l'autorité. Par ailleurs, cette dernière peut demander des informations complémentaires.

Dans les 15 jours à compter de la réception de la demande et à la condition que le fonctionnaire remplisse les conditions exigées pour bénéficier d'un service à temps partiel, l'autorité hiérarchique saisit par téléservice la commission de déontologie de la fonction publique.

La saisine de la Commission est obligatoire par l'administration :

- Pour toute demande de cumul d'activités dans le cadre d'une création ou d'une reprise d'entreprise ou d'activité en libéral ;
- Pour toute demande d'un fonctionnaire cessant temporairement ou définitivement ses fonctions en vue de l'exercice d'une activité dans une entreprise privée, s'il a émis un avis ou pris une décision à propos d'une telle entreprise ou a été amené à la contrôler dans les trois ans précédant le début de l'activité privée projetée.

Les séances de la commission de déontologie ne sont pas publiques.

Lors de l'instruction d'un dossier, la commission peut prendre l'attache de toute personne dont le concours lui apparaît utile. L'agent peut être également convoqué si la commission le juge nécessaire et il peut se faire assister par la personne de son choix.

La commission peut rendre trois types d'avis :

- Un avis de compatibilité ;
- Un avis de compatibilité avec des réserves ;
- Un avis d'incompatibilité.

Si la commission rend un avis d'incompatibilité, l'administration est liée par cet avis et sa notification vaut rejet de la demande de l'agent.

Quelques exemples tirés du rapport 2016 de la Commission de déontologie de la fonction publique :

- Avis n°08.33 du 12 mars 2008 : la commission a estimé qu'une activité de remplacement d'un infirmier libéral dont le cabinet se trouve à Sainte-Pazanne (Loire-Atlantique) et les fonctions actuelles d'infirmier au centre hospitalier universitaire de Nantes sont compatibles sous réserve que l'intéressé s'abstienne de s'occuper de patients dont il a la charge dans l'exercice de ses fonctions publiques.

- Avis n° 08-140 du 8 octobre 2008 : la commission a admis sans réserve la compatibilité d'une activité publique d'infirmier dans un centre hospitalier et d'une activité libérale de remplacement infirmier au sein d'un cabinet se trouvant dans le même département.

En cas d'absence de décision expresse de l'employeur dans le délai de deux mois à compter de la réception de la demande complète, l'autorisation est réputée être donnée. En effet, contrairement aux activités accessoires, le décret de 2017 ne prévoit pas de délai de réponse. En conséquence, c'est le droit commun qui s'applique c'est-à-dire que le silence gardé pendant deux mois vaut acceptation.

L'autorisation est accordée pour une durée maximale de deux ans. Elle peut être renouvelée pour un an. La demande de renouvellement doit être déposée au plus tard un mois avant le terme de la première période.

D) Les dérogations accordées au fonctionnaire à temps « incomplet » ou « non complet »

Les fonctionnaires occupants un emploi à temps partiel peuvent exercer des activités accessoires et une ou plusieurs activités lucratives sous réserve de comptabilité avec leurs obligations de service et de non atteinte au fonctionnement du service.

Ils peuvent également créer ou reprendre une entreprise ou une activité libérale.

Lorsque la durée hebdomadaire de travail est **< ou égale à 70% d'un temps complet**, le fonctionnaire en informe par écrit l'autorité dont il relève. Ce n'est donc qu'une déclaration et non pas une autorisation.

Toutefois, l'autorité hiérarchique peut à tout moment s'opposer au cumul d'une activité privée qui :

- serait incompatible avec l'exercice des fonctions exercées ou l'emploi qu'il occupe,
- ou qui placerait l'agent en situation de méconnaître les dispositions de l'article 432-12 du code pénal (prise illégale d'intérêts).

E) L'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ayant cessé leurs fonctions

Le fonctionnaire cessant temporairement ou définitivement ses fonctions dans le but d'exercer une activité privée doit en informer par écrit l'autorité dont il relève trois mois avant le début de cette activité privée.

La commission de déontologie de la fonction publique est obligatoirement saisie sur ce cas :

- Soit par l'administration dans les quinze jours à compter de la date à laquelle elle a été informée du projet de l'agent ;
- Soit par l'agent lui-même trois mois au moins avant la date à laquelle il souhaite exercer son activité privée.

F) Sanctions en cas de non-respect de l'interdiction de cumul

L'infirmier relevant de l'une des trois fonctions publiques qui contrevient aux dispositions législatives et réglementaires relatives au cumul d'emploi encoure plusieurs sanctions :

a) Sanctions administratives

- Reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue sur le traitement ;
- Une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à la révocation ;
- Une fin de contrat à la date de notification de l'avis sans préavis ni indemnité de rupture (pour agent contractuel)

b) Sanction pénale

La responsabilité du fonctionnaire peut notamment être recherchée sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal (prise illégale d'intérêts).

c) Sanction disciplinaire ordinale

Conformément à l'article R. 4312-55 du Code de la santé publique : « *Il ne peut exercer une autre activité professionnelle que si un tel cumul est compatible avec la dignité et la qualité qu'exige son exercice professionnel et n'est pas exclu par la réglementation en vigueur* ».

II- Le cumul d'activités dans le secteur privé

Au regard du principe de la liberté de travail et de la liberté d'entreprendre, le cumul d'un emploi salarié avec une autre activité professionnelle, salariée ou non salariée est possible. En effet, les juges ont reconnu que l'existence d'un lien de subordination juridique n'est pas incompatible avec le cumul d'une activité salariée et d'une activité indépendante, de nature agricole, commerciale ou libérale (Cass. Soc. 17 juin 1982).

Ce droit n'est cependant pas sans limite puisque la liberté dont dispose le salarié en dehors de son temps de travail peut se trouver réduite.

A) Les limites découlant de la durée maximale du temps de travail

Le salarié cumulant plusieurs activités salariées doit respecter la durée maximale légale de travail. Aussi, et sauf dérogations, le salarié ne doit pas travailler plus de (article L.8261-1 du code du travail) :

- 10 heures par jour (L.3121-18 du Code du travail)
- 48 heures par semaine (Article L.3121-20 du Code du travail)
- 44 heures sur une période de 12 semaines consécutives (Article L.3121-22).

Le non-respect de la durée maximale de travail est puni d'une amende fixée à 1 500 € maximum. En cas de récidive, l'amende peut atteindre 3 000 €. L'employeur risque la même amende. Le salarié doit mettre fin à l'irrégularité, à défaut il encourt un licenciement (articles R.8262-1 et R.8262-2 du Code du travail).

De même, l'article D.3141-2 du code du travail prévoit que le salarié qui accomplit pendant sa période de congés payés des travaux rémunérés, privant de ce fait des demandeurs d'emploi d'un travail qui aurait pu leur être confié, peut être l'objet d'une action devant le juge d'instance en dommages et intérêts envers le régime d'assurance chômage et que l'employeur qui a occupé sciemment un salarié bénéficiaire d'un congé payé peut être également l'objet, dans les mêmes conditions, de l'action en dommages et intérêts.

B) Les limites découlant d'une clause d'exclusivité

Il est possible pour l'employeur de prévoir une clause d'exclusivité interdisant au salarié d'exercer une autre activité pour son propre compte ou pour tout autre employeur.

Selon la jurisprudence, le non-respect de cette clause par le salarié constitue, lorsque celle-ci est valable, une faute grave pouvant justifier un licenciement sans préavis (Soc.24 oct.2007, n° 06-40.372)

Cette clause ne doit pas avoir pour effet d'interdire au salarié de travailler, car la liberté de travailler constitue un principe fondamental intangible¹. Elle est donc valable que si elle remplit 3 conditions cumulatives (Soc.23 oct.2013, n° 12-15893) :

- elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ;
- elle est justifiée par la nature de la tâche que devra accomplir le salarié ;
- elle est proportionnée au but recherché.

→ Pour le **salarié à temps partiel**, une clause d'exclusivité est tout à fait envisageable.

Cependant, il a été jugé que la clause par laquelle un salarié se voit interdire toute autre activité professionnelle, soit pour son compte, soit pour le compte d'un tiers, porte atteinte au principe fondamental. La nullité de cette clause n'a pas pour effet d'entraîner la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, elle permet toutefois au salarié d'obtenir réparation du préjudice résultant de cette clause (Soc., 25 fev.2004, n° 01-43.392).

Cette solution a été réaffirmée par la Haute juridiction judiciaire en énonçant que le droit reconnu aux salariés de cumuler des emplois « *est inhérent au droit de tout travailleur à temps partiel de compléter son activité* » (Soc.14 oct. 2009, n° 08-40.161).

C) Les limites découlant d'une obligation de loyauté du salarié

Le contrat de travail, comme toute convention doit être exécuté de bonne foi conformément à l'article L.1222-1 du Code du travail aux termes desquels : « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* »

Cette obligation est une garantie pour l'employeur de protéger son entreprise contre un risque de concurrence ou un manque de disponibilité du salarié résultant d'un autre emploi (Soc.9 avr.2014, n° 12-24019 : un salarié dont le nom figure sur une plaquette commerciale d'une société concurrente manque de loyauté vis-à-vis de son employeur).

¹ Art. L. 1121-1 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »

Sur le fondement de cette obligation les juges ont pu également estimer qu'un second emploi n'est concevable que s'il « *n'empêche pas le salarié de consacrer à l'employeur tous les soins et le temps nécessaires à la bonne marche de l'entreprise.* » (Soc.2 juin.1966, Bull civ. IV n°526).

Dans le cas contraire, le cumul d'activités pourrait entraîner la rupture du contrat de travail et légitimer une cause réelle et sérieuse de licenciement.

D) Droit à la suspension de l'exécution du contrat de travail ou au passage à temps partiel

Si pour l'un des motifs énoncés ci-dessus le salarié ne peut pas cumuler son emploi avec une autre activité il lui est toujours possible d'utiliser des possibilités données par le code du travail.

En effet, la loi Chapelier² et le décret d'Allarde³ posent le principe de la liberté d'entreprise. Ainsi, toute personne a la possibilité de créer ou acquérir une entreprise.

L'article L.3142-68 du Code du travail énonce que : « *Le salarié qui crée ou reprend une entreprise a droit, dans les conditions fixées à la présente sous-section :*

1° Soit à un congé pendant lequel le contrat de travail est suspendu ;

2° Soit à une période de travail à temps partiel ».

Toutefois, cette possibilité ne permet pas au salarié de concurrencer l'activité de son employeur.

Dans ce cadre précis, l'employeur peut demander si la société envisagée est susceptible ou non de faire concurrence à sa propre entreprise et, le cas échéant, refuser le congé (Cons.Prud'h, 7 décembre 1984).

² La loi Chapelier 14 juin 1791

³ Décret d'Allarde des 2 et 7 mars 1791