

Le [REDACTED],

[REDACTED],

Par une demande reçue le [REDACTED], vous avez saisi le collège de déontologie de la fonction publique territoriale des départements du Doubs, du Jura, du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et du Territoire de Belfort d'une question relative à un cumul d'activités. Il a été enregistré sous le n°20003. Vous trouverez ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues.

Votre situation

Vous êtes agent titulaire de la fonction publique, de catégorie C. Vous avez le grade d'adjoint administratif territorial et occupez le poste de chargée de communication et de ressources humaines. Vous exercez à temps complet au sein de [REDACTED].

Vous souhaitez en sus de votre emploi public exercer une activité de graphiste. Vous souhaitez savoir dans quelles conditions un cumul serait possible.

Cadre juridique

I. Sur la qualité de graphiste

A défaut de définition générale de l'activité de graphiste, il convient de se référer au droit spécial.

En droit fiscal, les graphistes sont des personnes « qui conçoivent, réalisent des images destinées à transmettre un message visuel dans tous les domaines de la vie économique, sociale, ou culturelle ».

De plus, « il apparaît que certaines opérations effectuées par les graphistes relèvent soit de l'activité de conseil, soit de l'artisanat ou de l'industrie de l'art [...] »¹.

Dans le cadre de son activité, le graphiste « identifie et analyse la demande d'un client puis élabore un concept en rapport avec l'attente de son interlocuteur et le message à communiquer.

¹ Documentation de base – 3 A1154 – Auteurs et interprètes des œuvres de l'esprit Artistes du spectacle ; Documentation de base ; Ministère des finances

S'ensuivent alors la création de la charte graphique (définition des couleurs, de la typographie, du papier...) et la réalisation (conception et création, exécution et impression)² ».

II. Sur la production d'une œuvre de l'esprit

En vertu de l'article 25 septies de la loi du 23 juillet 1983, la production d'œuvres de l'esprit, au sens des articles L112-1, L112-2 et L112-3 du code de la propriété intellectuelle, s'exerce librement, dans le respect des dispositions relatives au droit d'auteur des agents publics et sous réserve du respect du secret et de la discrétion professionnels.

L'œuvre de l'esprit n'est pas légalement définie. Cependant, elle peut être protégée quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. Toutefois, pour bénéficier de cette protection, l'œuvre doit faire l'objet d'une certaine concrétisation ou matérialisation.

Si l'article L112-2 du code de la propriété intellectuelle dresse une liste non exhaustive d'œuvres de l'esprit, qui sont traitées de manière large, et incluent les œuvres littéraires, artistiques, chorégraphiques, etc. pourvu qu'elles soient originales, c'est-à-dire refléter l'empreinte, la personnalité de leur auteur, **dans le cas d'un cumul d'activités d'un agent public, c'est une conception stricte qui prévaut, tant dans la jurisprudence que dans la position de la commission de déontologie de la fonction publique.**

La commission de déontologie de la fonction publique distingue :

- d'une part les activités essentiellement artistiques (un photographe qui photographie des paysages, un illustrateur qui expose dans des galeries d'art, etc.) et qui à ce titre relèvent du régime de libre exercice 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 ;
- et d'autre part, les activités qui, par leur dimension essentiellement commerciale (les agents concernés répondent à une commande précise), ne peuvent être considérées comme des œuvres de l'esprit : photographe de mariage, rédacteur local de presse, illustrateur dans l'édition, etc.

Solution, en ce qui concerne la production d'œuvres de l'esprit, au sens de création :

Vous êtes libre de produire toute œuvre, à condition :

- qu'elle soit concrétisée matériellement (ce ne doit pas être une simple idée). En pratique, des croquis ou échantillons du produit envisagé permettent cette matérialisation,
- **qu'elle soit à visée essentiellement artistique, qu'elle soit originale, qu'elle reflète votre intervention, qu'elle vous soit propre,**
- **que dans le cadre de la production de cette œuvre, vous n'acquériez pas la qualité de commerçante.**

² <https://www.lesmetiersdudessin.fr/graphisteinfographiste/>

Or dans le cadre de l'activité privée de graphiste que vous envisagez, vous informez le collège que votre activité consistera dans la création de divers supports (bulletins, flyers) et logos. Ces activités ne répondent pas à un objectif essentiellement artistique, car vous répondez à des commandes, dans lesquelles la part de libre créativité sera réduite.

L'activité de graphiste est une activité purement commerciale qui ne peut pas être qualifiée de production d'œuvre de l'esprit.

Si néanmoins l'activité envisagée devait répondre aux conditions requises pour être qualifiée d'œuvre de l'esprit (**ce qui supposerait que vous changiez la nature de votre projet**), il convient d'étudier le cadre juridique dans lequel celui-ci pourrait s'inscrire.

III. Le cadre d'exercice de la production d'une œuvre de l'esprit

L'article 25 septies V de la loi du 13 juillet 1983 énonce que « la production 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, s'exerce librement, dans le respect des dispositions relatives au droit d'auteur des agents publics et sous réserve de l'article 26 de la présente loi.

Les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions ».

La question est de savoir si en tant que chargée de communication, vous entrez dans la qualification « des personnes pratiquant des activités à caractère artistique », afin que vous puissiez exercer l'activité de graphiste au titre d'une profession libérale.

La notion de « personnes pratiquant des activités à caractère artistique » est une notion floue. Malgré tout, il est difficile de considérer que le métier de chargé de communication constitue un métier de nature artistique, même s'il requiert une certaine créativité. Il s'agit, eu égard à la formation requise, et aux compétences mises en œuvre, d'un métier de l'entreprise (ou de l'administration). En effet, vous nous informez que vous avez été amenée ponctuellement à concevoir une plaquette de Noël, un carton d'invitation, que vous avez créé un bulletin de lecture et publié des articles sur le site de la com com et sur facebook : bien que ces activités requièrent une certaine créativité, elles ne peuvent pas être qualifiées d'artistiques, car il ne s'agit pas de productions libres. Elles relèvent en fait du domaine de la communication.

En conséquence, les dispositions de l'article 25 septies V de la loi du 13 juillet 1983 ne vous sont pas applicables. Il en découle qu'il ne vous est pas possible d'exercer au titre d'une profession libérale l'activité de graphiste.

Solution

Sous l'angle de la production d'une œuvre de l'esprit, nous constatons que votre activité de chargée de communication ne peut pas être qualifiée d'activité artistique, et que donc l'activité de graphiste que vous envisagez, même si elle était consacrée à la production d'œuvres de l'esprit, ne pourrait pas être exercée au titre d'une profession libérale.

Il convient également d'envisager si l'exercice de l'activité de graphiste, telle que vous la décrivez, en sus de vos fonctions au sein de la [REDACTED] [REDACTED] pourrait entrer dans d'autres cas de cumul d'activités, à savoir au titre d'une activité accessoire ou bien au titre d'une création d'entreprise.

IV. L'activité de graphiste peut-elle être envisagée au titre des activités accessoires ?

La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifiée par la loi du 20 avril 2016, n° 2016-483, et le décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 sur le cumul d'activités dans la fonction publique sont les textes applicables en l'espèce.

Votre situation relève des dispositions de droit commun applicables aux fonctionnaires nommés sur un emploi à temps complet.

Le principe qui régit la matière est que le fonctionnaire doit consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées, et qu'en principe, donc, il ne peut exercer en sus une activité privée lucrative à titre professionnel. (Article 25 septies I de la loi du 13 juillet 1983)

Pour un agent exerçant, comme vous, un emploi à temps complet, il est en principe interdit de cumuler deux emplois.

Le cumul d'activités des fonctionnaires est toutefois possible sous certaines conditions et dans certains cas : lorsqu'il s'agit d'une activité accessoire, en cas de reprise ou de création d'entreprise, en cas de poursuite d'une activité privée au sein d'une société ou d'une association à but lucratif (le cas de la production d'œuvres de l'esprit a été envisagé plus haut).

Parmi ces cas, seuls sont susceptibles de vous concerner l'exercice d'une activité accessoire et la création d'entreprise.

Exercer une activité accessoire en sus de son emploi de fonctionnaire ou d'agent public est une exception. C'est en ce sens que l'article 10 du décret du 30 janvier 2020 précise que l'agent peut être autorisé à cumuler une activité accessoire avec son activité principale, sous réserve que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service et qu'elle ne mette pas l'intéressé en situation de prise illégale d'intérêts. L'activité accessoire peut être exercée auprès d'une personne publique comme d'une personne privée.

Les activités exercées à titre accessoire susceptibles d'être autorisées sont énumérées par l'article 11 du 30 janvier 2020. Cette liste est limitative.

Il s'agit des activités suivantes :

1° Expertise et consultation, sans préjudice des dispositions du 3° du I de l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 mentionnée ci-dessus et, le cas échéant, sans préjudice des dispositions des articles L. 531-8 et suivants du code de la recherche ;

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 au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime dans des exploitations agricoles constituées ou non sous forme sociale ;

5° Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale mentionnée à l'article R. 121-1 du code de commerce ;

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, permettant au fonctionnaire de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide ;

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 mentionnés à l'article L. 7231-1 du code du travail ;

11° Vente de biens produits personnellement par l'agent.

Ces dérogations ne sont pas de droit mais doivent être soumises à une **demande d'autorisation** auprès de l'employeur.

L'activité envisagée pourrait correspondre à deux cas : les activités à caractère culturel (article 11 3° du décret du 31 janvier 2020) et la vente de biens produits personnellement par l'agent 11 11° du même décret).

❖ Concernant les activités à caractère sportif ou culturel

Tout agent public peut exercer des activités à caractère sportif ou culturel, y compris d'encadrement et d'animation dans les domaines sportif et culturel ou de l'éducation populaire.

A la lecture des textes et de la jurisprudence, il apparaît que les activités à caractère sportif et culturel sont davantage envisagées dans le domaine de l'enseignement³.

Ainsi, il ressort de la jurisprudence, au titre des activités accessoires autorisées ayant un caractère sportif ou culturel, qu'un professeur d'éducation physique peut donner des cours de natation, sous certaines conditions⁴ (voir notamment : CE, 22 mai 1992, Giaconia).

En conséquence, l'activité de graphiste envisagée ne relevant pas du domaine de l'enseignement, une telle qualification ne pourrait être applicable à votre cas. Et en tout état de cause l'activité de graphiste ne relève pas en elle-même du domaine culturel.

³ FONCTION PUBLIQUE DE L'ÉTAT. – Obligations des agents publics, JurisClasseur Administration

⁴ Question écrite avec réponse n° 74868, 4 octobre 2005 – Fonction publique territoriale – Filière sociale – Agents spécialisés des écoles maternelles. cumul d'activités. – M. Martin Philippe-Armand – Ministère de la Fonction publique.

❖ Concernant la vente de biens personnellement fabriqués par l'agent

Les agents publics peuvent être autorisés à vendre des biens qu'ils ont personnellement fabriqués, et ce en qualité de travailleurs indépendants, sous réserve de satisfaire aux conditions prévues à l'article L133-6-8 du code de la sécurité sociale.

L'activité de vente de biens personnellement fabriqués par l'agent concerne des ventes d'objets (meubles, bijoux, mets), c'est-à-dire de biens matériels, qui impliquent un processus de fabrication, ce qui n'est pas le cas d'une activité de graphiste, qui est une activité de conception.

Vous ne pouvez donc pas exercer l'activité que vous envisagez au titre d'une activité accessoire.

Solution :

L'activité envisagée n'entre pas dans le cadre des activités accessoires susceptibles d'être autorisées pour des personnes travaillant à temps complet dans le cadre de leur activité principale, qui sont limitativement énumérées à l'article 11 du décret du 31 janvier 2020. Il vous est donc impossible de cumuler votre emploi au sein de la communauté de communes de l'Outre-Forêt avec l'activité de graphiste.

V. L'activité de graphiste doit -elle faire l'objet d'une création d'entreprise ?

Vous ne souhaitez pas, dans l'immédiat au moins, renoncer à votre emploi public et donc la seule possibilité qui s'offre à vous est de vous placer sous le régime de la création d'entreprise. Votre situation relèverait alors des dispositions de **l'article 25 septies II** de la loi du 13 juillet 1983 modifiée, qui permet à un fonctionnaire, sous certaines conditions, de créer une entreprise et d'exercer à ce titre une activité privée lucrative. Le chapitre IV du décret du 31 janvier 2020 précise les démarches à effectuer.

Les conditions à respecter sont les suivantes :

- Obtenir une autorisation de travail à temps partiel compris entre 50% et 90%.
- Obtenir un avis favorable de la commission de déontologie de la fonction publique, éventuellement avec réserves.

A. La demande de travail à temps partiel auprès de l'administration

Pour cela devez commencer par présenter **une demande de travail à temps partiel (qui ne peut être inférieur à 50 %) en vue de la création d'une entreprise** (et non pour convenances personnelles car le régime de l'autorisation n'est pas le même). Cette demande doit préciser qu'elle est formulée en vue de la création d'une micro entreprise.

Dans le même temps, vous **adresserez à votre administration une demande écrite précisant les modalités d'exercice de votre activité** (type d'exploitation, durée de travail, périodicité, conditions de rémunération). Votre administration doit en accuser réception et notifier sa décision dans un délai d'un mois, qui peut être porté à deux mois

si des informations complémentaires sont nécessaires. (Attention : désormais l'absence de réponse écrite de l'administration vaut rejet de la demande d'autorisation.).

Vous devez fournir toutes les précisions utiles sur la nature et les conditions d'exercice de cette activité pour prévenir tout risque de conflit d'intérêt, que la commission de déontologie serait susceptible de relever. Il faudra également motiver votre demande par un véritable projet de création d'entreprise et de changement d'orientation professionnelle.

B. Le contrôle de la compatibilité entre l'activité principale et la création d'entreprise

Depuis le 1^{er} février 2020, la commission de déontologie à laquelle devaient être soumises les demandes de création d'entreprise est absorbée par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, autorité administrative indépendante. Cette dernière conserve les compétences de l'ancienne commission de déontologie en matière de création ou de reprise d'une entreprise.

Désormais, l'agent territorial souhaitant créer ou reprendre une entreprise doit, en premier lieu, s'adresser à son autorité hiérarchique, qui se prononcera sur la compatibilité entre les fonctions exercées au cours des trois dernières années et l'activité envisagée dans le secteur privé. En cas de doute, l'autorité hiérarchique pourra saisir le référent déontologue, qui veillera, dans le cadre d'un contrôle déontologique, à la compatibilité du projet envisagé avec les anciennes fonctions. Enfin, en cas de doute persistant qu'une analyse poussée n'aura pas permis de lever, le référent déontologue pourra saisir la HATVP, afin qu'elle se prononce.

L'autorisation ne pourra vous être accordée que pour **une durée maximale de trois ans**, renouvelable pour une durée d'un an (après dépôt d'une nouvelle demande d'autorisation d'exercer à temps partiel), à compter de la création de votre entreprise.

Passé ce délai, il vous appartiendra de choisir entre votre activité privée et vos fonctions d'agent public, en raison de votre qualité de fonctionnaire exerçant à temps complet.

Conclusion

En résumé, l'activité de graphiste ne peut être exercée ni à titre d'activité accessoire, ni au titre d'une profession libérale. Le cumul d'activité tel que vous l'envisagez n'est possible que si vous prévoyez une création d'entreprise.

Si vous envisagez de créer une entreprise, vous devrez pour commencer obtenir une **autorisation de travail à temps partiel** qui devra être comprise entre 50% et 90%. La décision sera prise par votre employeur après qu'il aura, le cas échéant, saisi le collège de déontologie.

Après un délai de quatre ans au plus, ce régime prendra fin et vous devrez **choisir entre votre activité privée et celle que vous exercez dans la fonction publique**.

Pendant la durée de votre activité privée, si celle-ci est considérée comme compatible avec vos fonctions d'agent public par votre employeur, il faudra vous conformer aux réserves émises par celui-ci, respecter vos obligations d'agent public, telles que le devoir de réserve, et veiller à ne pas créer de situation de conflit d'intérêts. A cet égard, il vous sera possible, en cas de doute ou de difficultés, de saisir le collège de référents déontologues de questions précises

sur des cas particuliers relatifs par exemple à votre devoir de réserve ou à un possible conflit d'intérêts.

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

Cécile Hartmann

Xavier Faessel