

Les obligations de service dans l'enseignement artistique :

Pierre RODIER, avocat

PLAN :

I Les obligations de service :

A : pour les fonctionnaires:

-a- la durée de service hebdomadaire :

-a-1 : Le cadre général : 35 heures hebdomadaires

-a- 2 : L'exception : Le « régime particulier d'obligation de service »

-b- L'impossibilité d'annualiser le temps de travail des fonctionnaires relevant des cadres d'emploi de l'enseignement artistique.

-c- les conséquences en cas de violation par l'administration employeur.

-d- le lieu d'exercice du service ;

B : Pour les **Agents non titulaires** : quelles obligations de service ?

-a- quelle est la durée de service de référence à temps complet ?

-a -1 : Une référence obligatoire à l'emploi de fonctionnaire correspondant dans le contrat ou l'arrêté de nomination.

-a -1 – 1 : La cause : L'obligation de Motif du recrutement de l'agent non titulaire ;

-a -1 – 2 : La conséquence : Une obligation de service à temps complet identique à celle de l'emploi de fonctionnaire correspondant ;

-a - 2 Quelle conséquence de l'absence de référence au cadre d'emploi de fonctionnaire dans le contrat ?

-b- la question de l'annualisation des agents non titulaires :

II la notion d'accessoire nécessaire : (pour fonctionnaires et agents non titulaires)

A : Rappel : la règle du **service fait** ;

-a- La règle du service fait invoquée par l'administration ;

-b- la règle du service fait invoquée par l'agent ;

B : l'accessoire nécessaire : Une distinction pratique importante : le **service quantifiable** et le **service non quantifiable**.

-a- Les obligations non quantifiables :

-b- les obligations quantifiables :

-b-1 nature de l'obligation

-b-2 la question de la rémunération :

III : les cumuls

A Un principe d'interdiction assorti d'exceptions :

-B- Les exceptions sont encadrées d'une façon plus ou moins contraignante selon leur nature :

-a- cumul d'un emploi principal à temps complet au sein d'une collectivité publique et d'un emploi accessoire auprès d'une association ou d'un employeur privé :

-b- Le cumul d'un emploi principal à temps non complet avec une autre activité:

b-1- Cumul avec une activité privée lucrative :

-b-2- Cumul avec un autre emploi public

Cette étude, réalisée pour le compte du Syndicat National des Artistes Musiciens, a pour objectif de rappeler l'état du droit applicable en France aux enseignants artistiques de la fonction publique territoriale, titulaires et non titulaires, sur la question particulière de l'obligation de service.

Trois aspects seront abordés :

-Le régime particulier de l'obligation de service des enseignants artistiques et la question de l'annualisation ;

- quelles conséquences tirer de la notion d' « accessoire nécessaire » à l'emploi ?

-la réglementation des cumuls.

I Rappel des textes régissant les obligations de service :

A pour les fonctionnaires:

-a- la durée de service hebdomadaire :

-a-1 : Le cadre général :

C'est le décret n° 2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique d'Etat qui précise le cadre général de la durée de service pour les fonctionnaires.

L'article 1^{er} précise que la durée de travail effectif est fixée à 35 heures par semaine.

Le décompte du temps de travail est réalisé sur la base d'une durée annuelle de travail effectif de 1.607 heures maximum.

Ce texte est rendu applicable à la fonction publique territoriale par le Décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 article 1^{er} ;

-a- 2 :L'exception : Le « régime particulier d'obligation de service »

Néanmoins, l'article 7-1 du Décret du 12 juillet 2001 prévoit une exception à ce principe :

« Les régimes d'obligation de service sont pour les personnels qui y sont soumis, ceux définis dans les statuts particuliers de leur cadre d'emploi. »

En d'autres termes, lorsque les statuts particuliers du cadre d'emploi prévoient un régime d'obligation de service différent de celui prévu par le cadre général, c'est ce régime qui s'applique aux fonctionnaires relevant de ce cadre d'emploi à l'exclusion de tout autre.

Or, de tels régimes d'obligations de service existent, précisément, dans les cadres d'emploi de l'enseignement artistique :

Professeurs territoriaux d'enseignement artistique :

L'article 2 du Décret n° 91-857 du 2 septembre 1991 portant statut particulier du cadre d'emploi des professeurs territoriaux d'enseignement artistique prévoit notamment :

*« Les professeurs d'enseignement artistique assurent un enseignement hebdomadaire de **seize heures**. »*

Assistants territoriaux d'enseignement artistique :

L'article 3 Décret n° 2012-437 du 29 mars 2012 portant statut particulier du cadre d'emplois des assistants territoriaux d'enseignement artistique prévoit :

*« Les membres du cadre d'emplois des assistants territoriaux d'enseignement artistique sont astreints à un régime d'obligation de service hebdomadaire de **vingt heures**. »*

-b- L'impossibilité d'annualiser le temps de travail des fonctionnaires relevant des cadres d'emploi de l'enseignement artistique.

Par un arrêt du Conseil d'Etat du 13 juillet 2006 (Conseil d'Etat Commune de LUDRE n° 26693 du 13 juillet 2006), le juge administratif a jugé que les cadres d'emploi soumis à un régime particulier de service tels que ceux de l'enseignement artistique, ne pouvaient faire l'objet d'une annualisation du temps de travail.

Le Conseil d'Etat s'appuie sur l'interprétation de l'article 7-1 du Décret du 12 juillet 2001, rappelé plus haut.

-c- les conséquences en cas de violation par l'administration employeur.

Malgré la jurisprudence constante résultant de l'arrêt « Commune de LUDRES » certaines communes ont cru pouvoir continuer de soumettre les enseignants artistiques à l'annualisation de leur temps de travail ; cette modalité constituant, pour les représentants de la collectivité, la contrepartie de l'octroi de congés durant la période des vacances scolaires ;

Le juge administratif considère cependant que cette façon de procéder n'est pas régulière, et qu'elle engage la responsabilité de la collectivité à l'égard du fonctionnaire qui a droit à être indemnisé.

Cour administrative d'appel de DOUAI 23 février 2012 n° 10DA1365 Saint Nicolas lez Arras ;

Tribunal administratif d'ORLEANS 27 mars 2012 n° 1001121 Commune de LUISANT ;

Cour administrative d'Appel de NANTES ; 21 février 2014 n° 12NT01410 Commune de LUISANT ;

Dans ces deux affaires, les fonctionnaires concernés, nommés sur des emplois à temps non complet, appartenant l'un et l'autre au cadre d'emploi des assistants d'enseignement artistique, se voyaient imposé un nombre d'heure hebdomadaire supérieur à ce que prévoyait leur arrêté de nomination.

Ces heures complémentaires n'étaient pas rémunérées et venaient en compensation des congés annuels octroyés au-delà du minimum légal prévu par les textes (5 X la durée hebdomadaire de service.)

Dans les deux affaires, le nombre d'heures réellement effectué par l'enseignant n'était pas contesté par la Collectivité qui reconnaissait ainsi avoir soumis l'enseignant à une obligation de service hebdomadaire pendant la période scolaire supérieure à celle prévue à l'arrêté de nomination, servant de base à la rémunération du fonctionnaire.

Dans les deux cas également, la collectivité avait calculé le nombre total d'heures devant être effectuée sur l'année sur la base de la durée hebdomadaire prévue à l'arrêté de nomination, sur une période de 47 semaines (soient 52 - 5 semaines de congés annuels.) et divisé ce nombre par 36 (nombre de semaine d'ouverture de l'établissement)

De ce fait, l'un des enseignants devait effectuer plus de 20 heures hebdomadaire alors que son arrêté de nomination en prévoyait un peu plus de 15.

Le second devait effectuer 6 heures hebdomadaires alors qu'il était rémunéré sur une base de 4,85 / 20^{ème}.

Dans l'affaire jugée le 23 février 2012, la Cour Administrative de DOUAI, reprenant en tous points le raisonnement du Conseil d'Etat dans son arrêt « commune de LUDRE » rappelait que les textes concernant l'annualisation du temps de travail n'étaient pas applicables aux emplois d'assistant d'enseignement artistique.

Elle en déduisait que la commune avait commis une erreur de droit engageant sa responsabilité.

Dans l'affaire jugée le 27 mars 2012, le tribunal administratif d'ORLEANS indiquait :

« Considérant que ces dispositions statutaires ne permettaient pas à l'autorité territoriale, annualisant ce temps de travail, de diminuer la rémunération des assistants territoriaux d'enseignement artistique à proportion du nombre de semaines pendant lesquelles cette autorité a décidé la fermeture de l'école de musique pour la faire coïncider avec la fermeture des établissements accueillant les élèves de l'éducation nationale, regardant ainsi leurs obligations de service comme non accomplies pendant ces semaines de fermeture. »

La Cour Administratif d'appel de NANTES confirmait le jugement de première instance tout en précisant :

« Mme X a été nommée par arrêté du maire de LUISANT du 9 octobre 2001 dans un emploi relevant du cadre d'emploi des assistants territoriaux d'enseignement artistique, dans un emploi relevant du cadre d'emploi des assistants territoriaux d'enseignement artistique, pour un temps non complet de 6 heures hebdomadaires, en vue de l'enseignement du violoncelle ; ...il est constant qu'elle a été rémunérée sur la base d'une obligation fictive de 4,85 heures hebdomadaires correspondant à un temps de service hebdomadaire moyen reconstitué sur l'ensemble de l'année compte tenu d'une absence de service effectif durant les périodes de congés scolaires ; en procédant ainsi à l'annualisation du temps de travail de l'intéressée pour tenir compte des périodes de fermeture de l'école de musique au vu du calendrier scolaire, le maire a commis une erreur de droit. La réduction de la base de la rémunération de Mme X à 4,85 heures hebdomadaires est ainsi fondée sur une illégalité fautive de nature à engager la responsabilité de la commune ; la commune de LUISANT, qui était en droit d'affecter l'intéressée à toute autre tâche correspondant à son statut pour la même durée hebdomadaire, n'établit ni même n'allègue que celle-ci aurait refusé d'exercer une autre activité compatible avec les règles régissant son emploi lors des congés scolaires. »

Il est à noter également que, dans ces deux affaires, le juge a estimé, logiquement, que le fait que l'enseignant ait attendu plusieurs années pour réagir était indifférent à la solution (sauf à appliquer les règles de la prescription quadriennale)

En effet, l'acceptation par l'agent, qu'elle soit expresse ou implicite, de l'ordre donné par l'autorité, est sans effet sur la régularité de cet ordre.

Elle ne peut rendre légale une décision prise en violation des règles impératives qui régissent le statut des fonctionnaires, définies par la loi et la jurisprudence.

-d- le lieu d'exercice du service :

Le lieu d'exercice du service est précisé dans les décrets régissant les cadres d'emplois correspondants.

Les dispositions de l'article 3 II et III du décret du 29 mars 2012 portant cadre d'emploi des assistants d'enseignement artistique précisent :

II. — Les titulaires du grade d'assistant d'enseignement artistique sont chargés, dans leur spécialité, d'assister les enseignants des disciplines artistiques. Ils peuvent notamment être chargés de l'accompagnement instrumental des classes.

III. — Les titulaires des grades d'assistant d'enseignement artistique principal de 2e classe et d'assistant d'enseignement artistique principal de 1re classe sont chargés, dans leur spécialité, de tâches d'enseignement dans les conservatoires à rayonnement régional, départemental, communal ou intercommunal classés, les établissements d'enseignement de la musique, de la danse et de l'art dramatique non classés ainsi que dans les écoles d'arts plastiques non habilitées à dispenser un enseignement sanctionné par un diplôme national ou par un diplôme agréé par l'Etat. Ils sont également chargés d'apporter une assistance technique ou pédagogique aux professeurs de musique, de danse, d'arts plastiques ou d'art dramatique.

Ils peuvent notamment être chargés des missions prévues à l'article L. 911-6 du code de l'éducation.

Les dispositions de l'article 2 du décret 91-857 du 2 septembre 1991 précisent, s'agissant des professeurs d'enseignement artistique :

Les professeurs d'enseignement artistique sont placés, pour l'exercice de leurs fonctions, sous l'autorité du directeur de l'établissement d'enseignement artistique.

Ils assurent la direction pédagogique et administrative des conservatoires à rayonnement communal ou intercommunal et, par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa, des établissements d'enseignement de la musique, de la danse et de l'art dramatique non classés et des écoles d'arts plastiques qui ne sont pas habilitées à dispenser tout ou partie de l'enseignement conduisant à un diplôme d'Etat ou à un diplôme agréé par l'Etat

A l'exception des missions confiées aux assistants d'enseignement artistique, titulaires du DUMI (renvoi à l'article L 911-6 du code de l'éducation : article 3 III du décret du 29 mars 2012 précité), les professeurs et assistants d'enseignement artistiques exercent donc leur mission d'enseignement au sein des établissements d'enseignement artistiques

On vient de voir que pour les fonctionnaires la question de la durée de service hebdomadaire est réglée par les statuts particuliers de leurs cadres d'emploi -16 heures pour les assistants ou 20 heures pour les professeurs d'enseignement artistique – et qu'en outre une annualisation qui prendrait pour référence non la durée hebdomadaire mais un nombre d'heures annuel serait irrégulière et ouvrirait droit à indemnisation pour le fonctionnaire concerné.

Cette solution est-elle transposable aux agents non titulaires ?

B : Pour les Agents non titulaires : quelles obligations de service ?

-a- quelle est la durée de service de référence à temps complet ?

Il y a lieu de distinguer la réponse selon le motif de recrutement de l'agent non titulaire :

Dans un arrêt du 21 septembre 2006, la Cour administrative d'appel de VERSAILLES rappelait qu'aucune disposition générale applicable aux agents non titulaires ne faisait référence aux cadres d'emploi de fonctionnaires, et en déduisait que les enseignants artistiques, agents non titulaires, sur la situation desquels elle devait statuer ne pouvaient « se prévaloir des dispositions du décret susvisé du 2 septembre 1991, portant statut particulier du cadre d'emploi des professeurs

territoriaux d'enseignement artistique, relatives à la durée d'enseignement hebdomadaire assurée par ces professeurs. »

D'aucun ont cru pouvoir en tirer la conclusion générale qu'étaient inapplicables les dispositions issues du statut particulier de PEA pour les agents non titulaires en matière de durée d'enseignement hebdomadaire.

Tel n'est assurément pas le propos de la Cour Administrative d'Appel de VERSAILLES.

L'affaire dont elle était saisie concernait trois enseignants qui avaient été recrutés par contrats de trois ans par la Commune de BONNIERE- SUR -SEINE, en qualité d' « enseignant musical ».

Leurs contrats ne faisaient aucune référence au cadre d'emploi de fonctionnaire qu'ils étaient censé remplacer temporairement.

L'indice majoré de leur rémunération ne faisait pas non plus référence aux grilles de professeur ou d'assistant.

Même si l'arrêt ne dit rien sur le sujet, on peut penser soit que les emplois qu'ils occupaient avaient été créés par une délibération antérieure à la publication des statuts particuliers du 2 septembre 1991, qui n'avait pas été rapportée, comme elle aurait dû l'être après cette date, soit qu'ils occupaient des emplois créés par la Commune en toute illégalité, postérieurement à cette date.

Il ne faut donc pas faire dire à l'arrêt de la Cour plus qu'il ne dit vraiment :

Dans cette affaire, la Cour a considéré qu'aucun élément contractuel ne lui permettait de rattacher la situation de ces agents à un cadre d'emploi particulier et que la loi ne rendait pas obligatoire, de façon générale, un tel rattachement.

Cela ne doit pas surprendre dans la mesure où l'administration peut avoir des besoins qui ne correspondent à aucun cadre d'emploi statutaire (c'est le cas- par exemple- des emplois de musiciens d'orchestres)

Il est donc cohérent de constater que la réglementation n'oblige pas l'administration à se référer à un cadre d'emploi statutaire, afin qu'elle puisse répondre par ses propres moyens à des besoins particuliers non couverts par les emplois statutaires ;

On peut penser que la solution retenue par la cour aurait été différente si les contrats ou délibération avaient mentionné un nombre d'heures hebdomadaire ou bien si la référence avait été faite à un cadre d'emploi existant de professeur ou d'assistant. Ou encore si la cour avait disposé des éléments lui permettant de

déduire la commune intention des cocontractants de se rattacher à un cadre d'emploi de fonctionnaire particulier.

Peut être également que, dans cette hypothèse, la question ne lui aurait pas été posée.

Il importe surtout de retenir que l'arrêt a été rendu dans une espèce où les lacunes du contrat de l'agent non titulaire ne permettraient pas de se référer à un cadre d'emploi de fonctionnaire existant.

Mais l'application des règles de recrutement des agents non titulaires permet normalement d'écarter totalement ce cas de figure en ce qui concerne les agents non titulaires de l'enseignement artistique, comme on va le voir.

-a -1 : Une référence obligatoire à l'emploi de fonctionnaire correspondant dans le contrat ou l'arrêté de nomination.

Si la loi est appliquée, un agent non titulaire ne peut, dans l'enseignement artistique, être recruté que pour l'un des motifs suivants, qui doit être expressément énoncé au contrat ou à l'arrêté :

- pour assurer le remplacement temporaire de fonctionnaires ou d'agents contractuels pour une durée déterminée et renouvelés, par décision expresse, dans la limite de la durée de l'absence du fonctionnaire ou de l'agent contractuel à remplacer. (article 3-1 de la Loi du 26 janvier 1984) ;
- pour faire face à une vacance temporaire d'emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire pour une durée déterminée qui ne peut excéder un an pouvant être prolongée, dans la limite d'une durée totale de deux ans, lorsque, la procédure de recrutement pour pourvoir l'emploi par un fonctionnaire n'a pu aboutir. (article 3-2 de la Loi du 26 janvier 1984)

Dans l'un ou l'autre de ces cas, la référence au cadre d'emploi de fonctionnaire correspondant figure nécessairement sur le contrat : qu'il s'agisse de celui du fonctionnaire remplacé ou de l'emploi vacant qui n'a pu être pourvu.

Par ailleurs, il n'y a pas de mission dans le domaine de l'enseignement artistique qui ne puisse pas être accomplie par un fonctionnaire statutaire (professeur ou assistant)

Dès lors, les autres cas de recrutements d'agent non titulaires prévus à l'article 3-3 de la Loi du 26 janvier 1984 sont –a priori- inexistantes dans ce domaine.

-a – 2 : La conséquence : Une obligation de service à temps complet correspondant à celle de l'emploi vacant de fonctionnaire :

A partir du moment où l'acte d'engagement fait référence à un cadre d'emploi de fonctionnaire –et on vient de voir que c'est nécessairement le cas si la Loi est appliquée- il se réfère, en bloc, à toutes les dispositions qui régissent ce cadre d'emploi : notamment : les missions exercées et la durée de service hebdomadaire.

La liberté contractuelle est nécessairement extrêmement contrainte par les motifs autorisant et encadrant le recours au recrutement du non titulaire qui ont pour seul objet de combler temporairement la vacance de l'emploi de fonctionnaire qui, par définition, rentre dans un des cadres d'emploi de l'enseignement artistique.

-b- Conséquences sur la rémunération :

-b-1 : Rémunération des agents non titulaires : une liberté encadrée :

Le seul aspect sur lequel cette liberté peut s'exercer, dans une certaine mesure, est celui de la rémunération.

En effet, la rémunération de l'agent non titulaire dépend à la fois de sa situation propre (diplômes, expérience professionnelle...) et du niveau de rémunération qui serait alloué à un fonctionnaire nommé sur le même emploi.

L'administration employeur fixe la rémunération de l'agent non titulaire en combinant ces deux éléments sous le contrôle du juge lequel censure l'erreur manifeste d'appréciation.

Par arrêt du 14 mars 2006, la Cour administrative d'appel de DOUAI a jugé que la rémunération des agents non titulaire doit être fixée par l'autorité territoriale sous le contrôle du juge, en prenant en compte principalement la rémunération accordée aux titulaires qu'ils remplacent et à titre accessoire d'autres éléments tels que le niveau de diplôme et l'expérience professionnelle des non titulaires ainsi recrutés.

Elle avait, en l'occurrence, estimé que la décision fixant la rémunération d'un agent à un niveau largement inférieur à celui d'un titulaire au premier échelon du grade correspondant était irrégulière car relevant d'une erreur manifeste d'appréciation.

Considérant qu'en application de l'article 136 de la loi susvisée du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, les agents non titulaires recrutés pour exercer les fonctions mentionnées aux articles 3 et 25 de la même loi sont soumis notamment à l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ; que ce dernier article dispose que « les

fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire. S'y ajoutent les prestations familiales obligatoires. Le montant du traitement est fixé en fonction du grade de l'agent et de l'échelon auquel il est parvenu, ou de l'emploi auquel il a été nommé » ; qu'il appartient à l'autorité territoriale de fixer, au cas par cas, sous le contrôle du juge, la rémunération des agents non titulaires en prenant en compte principalement la rémunération accordée aux titulaires qu'ils remplacent et, à titre accessoire, d'autres éléments tels que le niveau de diplôme et l'expérience professionnelle des non titulaires ainsi recrutés ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que les fonctions d'enseignement qui étaient exercées par M. X étaient équivalentes à celles d'un assistant territorial d'enseignement artistique ; que, cependant, les contrats liant M. X au syndicat intercommunal de l'école de musique de Romilly-sur-Andelle, Pitres et Pont-Saint-Pierre fixaient sa rémunération, sur la base d'un taux horaire appliqué au nombre d'heures d'enseignement dispensées, à un niveau largement inférieur à celui de la rémunération versée aux assistants territoriaux d'enseignement artistique titulaires ; qu'en déterminant ainsi la rémunération de M. X, dont il n'est pas allégué que la qualification professionnelle était moindre que celle d'un assistant titulaire, le syndicat intercommunal de l'école de musique de Romilly-sur-Andelle, Pitres et Pont-Saint-Pierre a commis une erreur manifeste d'appréciation ; qu'il y a lieu, par suite, dans les circonstances de l'espèce, de condamner le syndicat intercommunal de l'école de musique de Romilly-sur-Andelle, Pitres et Pont-Saint-Pierre à verser à M. X à titre de rappel de traitement le montant net correspondant à une rémunération brute de 3 694,69 euros, afférent à la période d'activité, non atteinte par la prescription quadriennale, à laquelle il a limité sa demande et dont les modalités de calcul ne sont pas discutées par le syndicat ;

-b- 2 : la question de l'annualisation des agents non titulaires :

A notre connaissance la question de l'annualisation du temps de travail pour les agents non titulaires n'a pas été (encore) tranchée par le juge administratif.

On peut cependant penser que dans tous les cas où l'acte d'engagement de l'agent non titulaire est motivé par l'absence temporaire ou la vacance de l'emploi de fonctionnaire, (article 3-1 et 3-2 de la Loi du 26 janvier 1984) les règles relatives à la durée de service de cet emploi seraient également applicables à l'agent non titulaire occupant l'emploi provisoirement.

En effet, ces règles sont de la compétence de l'organe délibérant ayant seul pouvoir de créer l'emploi permanent et d'en définir les conditions (durée, mission) dans le respect des cadres d'emploi existant au sein de la fonction publique territoriale.

L'article 34 de la Loi du 26 janvier 1984 précise :

« La délibération précise le grade ou, le cas échéant, les grades correspondant à l'emploi créé. Elle indique, le cas échéant, si l'emploi peut également être pourvu par un agent contractuel sur le fondement de l'article 3-3. Dans ce cas, le motif invoqué, la nature des fonctions, les niveaux de recrutement et de rémunération de l'emploi créé sont précisés. »

Or, l'organe délibérant, pas plus qu'il ne peut décider que l'emploi permanent qu'il crée sera occupé par un non titulaire, sauf pour un motif relevant de l'article 3-3 de la loi (absence de cadre d'emploi...) ne peut décider que le temps de travail correspondant à l'emploi sera annualisé sans contrarier la jurisprudence adoptée par le Conseil d'Etat sur la question.

Conseil d'Etat 13 juillet 2006, Commune de LUDRES n° 266692 ;

Une délibération qui déciderait que les emplois d'enseignants artistiques occupés par des agents non titulaires devraient être annualisés serait donc vraisemblablement irrégulière comme violant les dispositions de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984, dont il résulte que les emplois permanents des collectivités territoriales doivent être occupés par des fonctionnaires.

Le maire, quant à lui, s'il a le pouvoir de fixer la rémunération de l'agent non titulaire, sous le contrôle du juge comme il a été vu infra, n'est, en revanche, pas compétent pour modifier les caractéristiques de l'emploi créé par délibération de l'organe délibérant.

Un arrêté de l'autorité territoriale qui déciderait de l'annualisation du temps de travail des agents non titulaires serait donc nécessairement nul pour incompétence.

Conseil d'Etat : 4 janv. 1995, PINON req. n° 135589

II La notion d'activité accessoire nécessaire : (pour les fonctionnaires et agents non titulaires)

Dans un arrêt du 16 novembre 2009, le Conseil d'Etat, saisi par une assistante d'enseignement artistique d'une demande en paiement d'heure supplémentaires au titre des heures de préparation des cours rappelait que :

« les heures litigieuses, consacrées à la préparation d'activités d'assistance et d'enseignement, laquelle constitue **l'accessoire nécessaire** des obligations de service hebdomadaire incombant aux assistants d'enseignement artistique en application du statut particulier de leur cadre d'emplois, ne pouvaient être qualifiées d'heures supplémentaires devant donner lieu, à ce titre, au versement d'indemnités. »

Les circonstances, très particulières aux faits de l'espèce et qui avaient poussées l'enseignante à faire une telle demande tenaient à ce que le conseil municipal avait cru bon de rappeler dans une délibération que : « *l'horaire attaché à ces postes reste de 37 h 30 hebdomadaires réparties en 20 heures d'assistance aux élèves et enseignants et 17 h 30 de préparation dans l'Ecole.* »

Le conseil d'Etat fut contraint de préciser que la délibération « *constituait un simple rappel des horaires des agents concernés,(et) ne pouvait avoir eu pour objet ni pour effet d'augmenter la durée de service hebdomadaire de Mme A, ni de modifier le contrat liant celle-ci à la ville, ni de déroger aux dispositions de l'article 2 du décret du 2 septembre 1991 précitées, ni enfin d'imposer à l'intéressée d'être présente sur son lieu de travail durant les heures de préparation.* »

A Rappel : règle du service fait :

La règle du « service fait » implique que toute heure de service effectuée soit rémunérée conformément aux règles régissant la rémunération des fonctionnaires et agents de la Fonction publique ;

Article 20 al 1^{er} de la Loi du 13 juillet 1983 :

Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire. Les indemnités peuvent tenir compte des fonctions et des résultats professionnels

des agents ainsi que de la performance collective des services. S'y ajoutent les prestations familiales obligatoires.

La règle du service fait est une disposition qui oblige : elle oblige l'agent public à effectuer régulièrement son service dans l'emploi dans lequel il a été affecté.

Mais c'est aussi une règle qui le protège.

Elle est, à ce titre, considérée comme une garantie fondamentale des fonctionnaires.

-a- La règle du service fait invoquée par l'administration ;

Elle est invoquée par l'administration employeur lorsqu'elle fait valoir que l'agent n'a pas réalisé son service pour conclure à l'absence de traitement correspondant : elle justifie une retenue sur traitement ou les règles d'indemnisation en cas d'annulation d'une décision irrégulière.

-b- la règle du service fait invoquée par l'agent ;

Elle oblige l'administration à payer toute heure de service effectuée par l'agent sur la base du contrat ou du statut.

B : L'accessoire nécessaire : Une distinction pratique importante : le service **quantifiable** et le service **non quantifiable**.

Analyse de la position du Conseil d'Etat : Ce qui est dit et ce qui ne l'est pas...

Dans la décision rapportée plus haut, le Conseil d'Etat rappelle simplement que les cours, « le face à face pédagogique », doivent être préparés tout en précisant un peu plus loin que cette préparation n'a ni pour objet ni pour effet d'augmenter la durée de service hebdomadaire et de contraindre l'enseignant à être présent sur son lieu de travail pour effectuer ces préparations.

Ce constat était implicitement contenu dans la fixation des obligations de services hebdomadaires pour les cadres d'emploi de l'enseignement artistique.

Dans un autre arrêt du 26 mai 2010 (CE 26 mai 2010 BUSSIERE MEYER 307628), le Conseil d'Etat a, à nouveau fait appel à la même notion d' « accessoire nécessaire » dans un contexte différent :

Un professeur d'enseignement musical titulaire à l'Ecole Nationale de Musique de BELFORT avait participé, à la demande de son employeur, la communauté d'agglomération belfortaine, à plusieurs concerts publics entre 2002 et 2006, dans le cadre du festival « Musique-passion », organisé par celle-ci.

Il sollicitait le paiement des heures de services qu'il avait dû assurer dans le cadre de ces concerts, sur la base du tarif syndical.

Après avoir été débouté par le tribunal administratif de Besançon, le professeur s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'Etat.

Ce dernier lui a donné raison sur le fond en jugeant que :

« La participation des professeurs d'enseignement artistique à des concerts publics organisés par leur employeur territorial ne peut être regardée comme constituant ni une obligation de service hebdomadaire leur incombant en application du statut particulier de leur cadre d'emplois, ni l'accessoire nécessaire d'une telle obligation, dès lors que ces concerts n'ont pas pour objet de permettre aux élèves des conservatoires et à leurs professeurs de pratiquer la musique en public pour valoriser l'enseignement dispensé. »

Le Conseil d'Etat a donc fait une application négative du concept, jugeant qu'en l'occurrence le concert n'avait pas une finalité pédagogique.

Y a –t-il lieu, a contrario, de dire que les concerts ayant une finalité pédagogique constituent l'accessoire nécessaire de l'obligation de service et quelles conclusions faut-il en tirer ?

B : une distinction importante : le quantifiable et le non quantifiable.

Plusieurs type d'obligations annexes peuvent être identifiées : elles relèvent, à notre avis, d'un régime différent selon qu'elles sont ou non « quantifiables » : c'est-à-dire nécessitent ou non la présence effective de l'agent sur son lieu de travail.

-a- Les obligations non quantifiables :

Il s'agit du temps de préparation de cours.

L'enseignant effectue ce travail sous le seul contrôle de sa conscience professionnelle.

L'obligation existe mais elle n'est ni mesurable ni sanctionnable directement.

La durée de l'obligation de service fixée par les statuts particuliers tient compte de cette préparation, mais elle n'est pas quantifiable.

Elle ne donne pas droit à une rémunération particulière, évaluable.

En contrepartie, l'enseignant ne peut être astreint, pour y satisfaire, à des temps et lieux de travail fixés par l'autorité hiérarchique.

-b- Les obligations quantifiables.

Il s'agit des concerts ou spectacles pédagogiques, des auditions, des réunions pédagogiques.

Le temps consacré à ces activités est évaluable car elles se déroulent sur le lieu de travail, sur ordre de la hiérarchie et en présence de tiers.

La charge de ces obligations peut être particulièrement significative au regard du temps d'enseignement hebdomadaire.

Ce sera notamment le cas pour les enseignants à temps non complet effectuant parfois un nombre d'heures d'enseignement hebdomadaire très faible mais pour qui les obligations accessoires constituent une charge récurrente..et coûteuse...(frais de déplacements etc..)

De telles obligations, lorsqu'elles existent, sont soumises à la règle dite du « service fait » :

Le fait de considérer qu'un service constitue un accessoire nécessaire qui s'impose à l'agent ne signifie pas pour autant que ce dernier doit s'y soumettre sans contrepartie.

Une telle absence de contrepartie serait a priori, contraire à la garantie fondamentale que constitue pour les fonctionnaires et agents non titulaires la « règle du service fait ».

La contrepartie pour l'agent du « service fait » c'est la rémunération.

On voit mal comment l'administration pourrait imposer à l'agent une obligation nécessitant sa présence effective sur son lieu de travail sans l'existence corrélative d'un droit à la rémunération.

A cet égard, il faut rappeler les dispositions de l'article 2 du décret du 25 août 2000 qui définissent la durée de service effectif :

« la durée de travail effectif s'entend comme le temps pendant lequel les agents sont à la disposition de leur employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ».

Saisie de la question de la rémunération du temps de trajet d'une assistante d'enseignement artistique, qui travaillant sur plusieurs sites, devait se rendre d'un lieu de travail à un autre, la Cour Administrative de MARSEILLE a fait application de ces dispositions pour juger que :

« le temps de trajet d'un agent pour se rendre de son premier à un autre lieu de travail doit être regardé comme du temps de travail effectif dès lors que, durant ce laps de temps, l'agent est à la disposition de son employeur et ne peut vaquer librement à ses occupations personnelles. »

Cour Administrative d'Appel de Marseille : 8ème chambre ;7 mai 2013N° 11MA00928 :

La cour indiquait que les dispositions du décret du 6 septembre 1991 relatives à la rémunération des heures supplémentaires auraient eu vocation à s'appliquer mais ne retient pas cette solution en l'absence de délibération correspondante de l'employeur.

Elle indemnise donc l'intéressée sur la base du nombre d'heures de trajet et du taux horaire habituel.

Or, le raisonnement applicable au temps de trajet entre deux lieux, accessoire nécessaire à l'accomplissement de la mission, l'est également s'agissant des autres obligations accessoires nécessaires que sont les réunions, concerts pédagogiques, auditions...

Dans l'arrêt du 16 novembre 2009, cité plus haut, le Conseil d'Etat, pour écarter la demande de rémunération faite par l'agent au titre de la préparation des heures enseignement, relevait que la décision prise par l'employeur sur ce point « ne pouvait avoir eu pour objet (ou) pour effet d'augmenter la durée de service hebdomadaire (de l'intéressée) ni de modifier le contrat liant celle-ci à la ville, ni de déroger aux dispositions de l'article 2 du décret du 2 septembre 1991, ni enfin d'imposer à l'intéressée d'être présente sur son lieu de travail durant les heures de préparation. »

A contrario, on doit déduire que toute obligation ayant pour effet d'augmenter la durée hebdomadaire de travail ou d'imposer la présence sur le lieu de travail, doit, elle, faire l'objet d'une rémunération spécifique.

III : les règles du cumul

Les règles de cumul de plusieurs emplois publics ou d'emploi public avec une activité privée sont fixés pour l'essentiel, au Décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat complété et modifié par Le décret n° 2011-82 du 20 janvier 2011.

Ces textes concernent aussi bien les fonctionnaires que les agents non titulaires. Les mêmes règles leurs sont applicables au regard des règles de cumul.

A Un principe d'interdiction assorti d'exceptions :

L'article 25 de la Loi du 13 juillet 1983 précise dans son premier alinéa :

« 1.-Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. »

Les agents peuvent être autorisés à cumuler des activités accessoires à leur activité principale, sous réserve que ces activités ne portent pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service.

Une liste limitée d'activités sont susceptibles d'être autorisées au titre d'une activité accessoire à un emploi public.

L'enseignement fait partie des activités pouvant être exercées à titre accessoire (article 2 du Décret du 2 mai 2007)

-B- Les exceptions sont encadrées d'une façon plus ou moins contraignante selon leur nature :

-a- cumul d'un emploi principal à temps complet au sein d'une collectivité publique et d'un emploi accessoire auprès d'une association ou d'un employeur privé :

Autorisation délivrée par l'employeur principal ;

Demande par écrit comprenant toutes les caractéristiques de l'emploi accessoire conformément à l'article 5 du Décret du 2 mai 2007,

Un accusé réception doit impérativement être délivré par l'employeur ;

L'administration doit donner sa réponse sous un mois.

A défaut : l'autorisation est réputée avoir été donnée tacitement ;

L'autorisation est donnée pour une durée indéterminée MAIS toute modification substantielle de la durée de travail ou de la rémunération doit faire l'objet d'une nouvelle demande. (article 7)

L'employeur principal peut cependant, **à tout moment**, s'opposer à la poursuite de l'activité accessoire pour des motifs tirés de l'intérêt du service public, de l'existence d'une fausse déclaration ou bien encore du fait que l'activité n'est plus accessoire. (article 8)

-b- Le cumul d'un emploi principal à temps non complet avec une autre activité:

b-1- Cumul avec une activité privée lucrative :

L'article 25 IV de la Loi du 13 juillet 1983 prévoit en outre que :

Les fonctionnaires, les agents non titulaires de droit public, ainsi que les agents dont le contrat est soumis aux dispositions du code du travail en application des articles 34 et 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics à temps complet peuvent exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative dans les limites et conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.
--

Il en résulte que les fonctionnaires et agents non titulaires occupant un emploi dont la durée est inférieure ou égale à 70 % d'un emploi à temps complet peuvent exercer une activité privée lucrative.

Cette activité peut s'exercer dans des conditions compatibles avec leurs obligations de service et sous réserve que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service. (Décret du 2 mai 2007 ;Chapitre III)

Régime : information préalable :

Il est à noter que dans le cas d'un emploi public à temps non complet, une autorisation n'est pas exigée ; seule l'information de l'employeur étant indispensable.

-b-2- Cumul avec un autre emploi public :

L'occupation d'un emploi principal à temps non complet avec un ou plusieurs autres emplois publics à temps non complet est autorisée de plein droit à condition de ne pas dépasser une durée totale de service de 115% d'un temps complet (article 8 du Décret du 20 mars 1991), soit 23 heures pour un emploi comportant un temps complet de 20 heures et 18 heures pour un emploi comportant un temps complet de 16 heures.

Cette situation ne constitue pas un cumul à proprement parler.

Elle obéit au régime prévu dans le Décret du 20 mars 1991.

Elle n'est pas soumise à autorisation de la part des employeurs concernés.

A noter également :

- s'agissant des agents ou fonctionnaires qui occupent un emploi à temps complet et souhaitent occuper un emploi accessoire complémentaire dans le secteur public, le juge administratif semble considérer que la règle des 115 % leur est applicable.

Ils ne peuvent donc occuper un emploi accessoire représentant plus de 15 % de l'emploi à temps complet.

Cour administrative d'appel de Paris 4e chambre 6 février 1996N° 94PA00776

-La Cour Administrative d'Appel de VERSAILLES a récemment jugé que l'occupation d'un emploi à titre de cumul d'activité soumis à autorisation était nécessairement précaire et ne permettait donc pas de bénéficier de la transformation du contrat en contrat à durée indéterminée.

CAA Versailles 6 décembre 2012 ; 11VE 01864 ;

Il s'agissait en l'occurrence d'un fonctionnaire titulaire à temps complet de la Ville de Paris qui effectuait 8 heures auprès d'un autre employeur public au titre d'un emploi accessoire.

Enfin, il est à préciser, s'agissant de la situation des musiciens d'orchestres publics, que ceux-ci peuvent exercer une activité complémentaire d'enseignement sans que celle-ci entre dans le cadre de la réglementation des cumuls, en application des dispositions de l'article 25 de la Loi du 13 juillet 1983 aux termes duquel les activités de production des œuvres de l'esprit n'entrent pas dans le champ de la réglementation des cumuls.

Conseil d'Etat 8 novembre 2000 ; N° 200836 Inédit au Recueil Lebon

