

**Conservatoires de France
Journées professionnelles
des 12 et 28 novembre 2013**

« SERVICE COMPRIS »

Obligation de service, activités accessoires qui sont le prolongement direct de l'obligation de service (« accessoires nécessaires aux obligations de service »)

et activités véritablement accessoires (règles de cumul entre l'emploi public principal, et des activités qui ne sont pas l'accessoire nécessaire aux obligations de service)

**Par Maître Michaël VERNE
Avocat Associé**

ITINERAIRES DROIT PUBLIC
87, rue de Sèze
69 006 LYON
m.verne@itineraires-avocats.com

I. LES SPECIFICITES DE LA FILIERE ARTISTIQUE LIEES AU TEMPS DE TRAVAIL

A. Rappel des principes généraux relatifs au temps de travail

- Décret n°2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'Etat et dans la magistrature

- Article 1^{er} :

« La durée du travail effectif est fixée à trente-cinq heures par semaine dans les services et établissements publics administratifs de l'Etat ainsi que dans les établissements publics locaux d'enseignement. »

Le décompte du temps de travail est réalisé sur la base d'une durée annuelle de travail effectif de 1 607 heures maximum, sans préjudice des heures supplémentaires susceptibles d'être effectuées. »

- Décret n°2001-623 du 12 juillet 2001 pris pour l'application de l'article 7-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique territoriale

- Article 1^{er} :

« Les règles relatives à la définition, à la durée et à l'aménagement du temps de travail applicables aux agents des collectivités territoriales et des établissements publics en relevant sont déterminées dans les conditions prévues par le décret du 25 août 2000 susvisé sous réserve des dispositions suivantes »

B. La dérogation au principe pour les agent relevant d'un « régime d'obligation de service »

1- Les textes

- Article 7-1 du décret précité du 12 juillet 2001 :

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

- Article 2 du décret n°91-857 du 2 septembre 1991 portant statut particulier du cadre d'emplois des professeurs territoriaux d'enseignement artistique (musique, danse, art dramatique, arts plastiques)

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

- Article 3 du décret n°2012-437 portant statut particulier du cadre d'emplois des assistants territoriaux d'enseignement artistique

« 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. »

2- Précisions

- Il n'existe pas à proprement parler, au-delà de ces textes, de définition légale du régime d'obligation de service
- La notion recouvre en réalité « le face à face pédagogique » et donc les heures d'enseignements en tant que telles, et à ce titre, les assistants et les professeurs ont l'obligation d'assurer chaque semaine respectivement 16 et 20 heures d'enseignement
- A ces obligations de service s'ajoute le temps consacré aux activités accessoires nécessaires à la réalisation des obligations de service qui ne peuvent donc être considérées comme du temps de travail supplémentaire devant à ce titre être rémunéré en heures supplémentaires.

CE, 16 novembre 2009, req n°307509 et n°307511 :

« Considérant, en premier lieu, que le tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant 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 et que la mention, dans la délibération du conseil municipal de la commune de Lyon du 17 février 1997, du rapport de son maire exposant 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, qui constituait un simple rappel des horaires des agents concernés, 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; »

C. Les activités accessoires nécessaires à la réalisation des obligations de service

- Il n'existe pas non plus de définition de cette notion qui est retenue au cas par cas par le juge

Dans ses conclusions sur l'affaire de Section du 15 octobre 1982, Ministre de l'Education c/ Brand, JM Pauti indiquait :

«le caractère complexe et particulièrement discontinu du service à accomplir, le fait qu'il est difficile de dissocier de l'enseignement proprement dit les tâches annexes qui l'accompagnent, la nature particulière de ces obligations qui ne s'effectuent pas toutes sur les lieux de travail et qu'il n'est pas aisé de contrôler, rendent, on le sait, particulièrement délicate l'appréciation même de l'accomplissement du service des enseignants ainsi largement compris ».

- Les activités jugées comme nécessairement accessoires aux obligations de service
 - **La préparation des cours**
 - **La préparation d'activités d'assistance et d'enseignement** (CE, 16 novembre 2009, req n°307509 et n°307511 précité)
 - **Les formations** : CE, 15 octobre 1982, n°17816 : « *Considérant que l'assistance des professeurs de collège d'enseignement technique aux séances de formation organisées à leur intention est une obligation de service au même titre que les heures d'enseignement qu'ils sont tenus d'accomplir dans les classes d'élèves* »
 - **Les concerts qui ont pour objet de permettre aux élèves des conservatoires et à leurs professeurs de pratiquer la musique en public pour valoriser l'enseignement dispensé** : analyse a contrario de l'arrêt du Conseil d'Etat 26 mai 2010, *Bussière-Meyer*, n°307628
- Les activités jugées comme ne pouvant pas être considérées comme des activités accessoires aux obligations de service
 - **Les concerts publics organisés par la collectivité qui n'ont pas pour objet de valoriser l'enseignement musical dispensés aux élèves** (CE, 26 mai 2010, *Bussière-Meyer*, 307628 précité et CAA de Nancy, 26 février 2009, n°07NC00917 concernant la même problématique, la même collectivité et le même agent) :

« Considérant que la participation des professeurs territoriaux 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** ; que, dès lors, le tribunal a commis une erreur de droit en jugeant que les heures consacrées par M. A aux concerts organisés par la communauté de l'agglomération belfortaine dans le cadre du festival Musique Passion étaient au nombre des obligations de service incombant aux professeurs territoriaux d'enseignement artistique dans la spécialité musique ; que M. A est donc fondé à demander l'annulation du jugement attaqué ; »

- Dans le cadre des conclusions rendues sous un autre arrêt relatif à Monsieur Bussière-Meyer le 26 mai 2010 n°307628, le Rapporteur public précisait sur ce point :

« Mais au-delà de ce « deuxième cercle » d'activités, nous ne pensons pas possible d'attirer de nouvelles obligations dans le champ d'obligations de service qui ne peuvent être que prévues par un texte réglementaire. A cet égard, nous ne pouvons que relever que la participation à un concert d'un professeur de musique, **quand bien même il serait organisé par la collectivité locale qui l'emploie, ne présente aucun lien avec son activité pédagogique ni avec son obligation de formation, et qu'il ne peut par conséquent être regardé comme relevant de ses obligations de service** »

D. Synthèse de la question du temps de travail et analyse de la question des heures supplémentaires

- Pour tenter de synthétiser la question du régime de l'obligation de service, de l'accessoire à cette obligation de service et du temps de travail :
 - L'obligation clairement imposée est le temps de service de 16 ou 20 heures dispensées en enseignement ou « face à face pédagogique »
 - Mais cette obligation ne règle pas la question du temps de travail puisqu'il faut ajouter les activités accessoires intrinsèquement liées au temps de service : sur ce point, il semble bien que le pouvoir réglementaire et la jurisprudence s'accordent pour considérer qu'en aucun cas ces activités accessoires ne peuvent donner lieu au paiement d'heures supplémentaires. Le postulat est donc le suivant : les agents doivent faire leur affaire de la préparation des cours et autres activités accessoires nécessaires et peu importe qu'ils y passent en réalité plus de temps, au final, que la durée légale du travail.

- Ne pourront faire l'objet de rémunération supplémentaires que les heures d'enseignement qui s'ajoutent aux durées légales d'obligations de service telles que définies par les statuts particuliers, étant mis à part la question du temps de trajet.
- La question des temps de trajet traités comme des heures supplémentaires
 - Les trajets entre différents sites relevant du même employeur territorial : la règle générale

Conseil d'Etat, 13 décembre 2010 n°331658 :

« Considérant que, si la COMMUNE DE SAINT-GELY-DU-FESC soutenait en défense devant les premiers juges que le temps de déplacement entre les deux lieux de travail de Mme A ne pouvait être regardé comme du travail effectif au sens des dispositions de l'article 2 du décret du 25 août 2000 et invoquait, en outre, la circonstance que le conseil municipal n'avait voté, comme l'article 9 du décret du 12 juillet 2001 le lui aurait permis, aucune délibération prévoyant que le déplacement entre deux lieux de travail devait être rémunéré, le tribunal administratif de Montpellier n'a ni entaché sa décision d'insuffisance de motivation ni commis d'erreur de qualification juridique des faits en relevant que le temps de trajet de quinze minutes laissé à Mme RODRIGUEZ à la fin de son premier service le jeudi pour se rendre de son premier à son deuxième lieu de travail, distant de 1,1 kilomètres du premier, puis les quinze minutes qui lui étaient laissées pour en revenir et prendre son nouveau service, étaient intégralement consacrées à son trajet, sans qu'elle pût vaquer librement à des occupations personnelles, et en en déduisant que Mme A était durant cette période à la disposition de son employeur et que ces temps de trajet devaient, par conséquent, être regardés comme du temps de travail effectif »

- La transposition de cette règle aux agents relevant de la filière artistique : CAA de Marseille, 7 mai 2013 (req 11MA00928), la Cour administrative d'appel de Marseille a admis en l'espèce que le temps de trajet de l'assistant d'enseignement artistique entre deux lieux de travail est constitutif de temps de travail dès lors que l'assistant ne pouvait vaquer librement à ses occupations personnelles.

*« Considérant qu'aux termes de l'article 2 du décret du 25 août 2000 : " 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 " ; 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** ;*

Considérant, en outre que si, aux termes de l'article 6-3 du décret du 6 septembre 1991 pris pour l'application de l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984, les assistants territoriaux d'enseignement artistique dont les services hebdomadaires excèdent le maximum de services réglementaires prévu par leur statut peuvent recevoir une indemnité, le syndicat intercommunal intimé n'établit pas avoir indemnisé sur la base de ces dispositions son agent pour les heures de service accomplies au-delà de la durée hebdomadaire de 20 heures ;

*Considérant qu'il résulte de ce qui précède que **Mme D...est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a rejeté ses conclusions tendant à la rémunération des heures de trajet effectuées entre ses différents lieux de travail ; qu'il y a lieu, dans cette mesure, d'annuler ledit jugement ;***»

- Précision : si les temps de trajet effectués pendant le temps de travail sont ainsi considérés comme du temps de travail effectif, en revanche les temps de trajet domicile/travail ne sont pas jugés comme tel (CE, 24 février 2011, req n°339608).

- Les modalités de paiement des heures supplémentaires

- Article 6-3 du décret n°91-875 du 6 septembre 1991

« Les fonctionnaires appartenant aux cadres d'emplois des professeurs territoriaux d'enseignement artistique, des assistants territoriaux spécialisés et des assistants territoriaux d'enseignement artistique, dont les services hebdomadaires excèdent le maximum de services réglementaires prévu par leur statut, peuvent recevoir une indemnité dans les conditions prévues par le décret n° 50-1253 du 6 octobre 1950 susvisé fixant le taux de rémunération des heures supplémentaires d'enseignement effectuées par les personnels enseignants de l'Etat. »

- Les indemnités horaires d'enseignement : décret modifié n°50-1253 du 8 octobre 1950

Cette indemnité est susceptible d'être attribuée aux agents relevant des cadres d'emplois suivants :

- Professeur d'enseignement artistique
- Assistant d'enseignement artistique

Heures supplémentaires régulièrement effectuées

Le taux annuel de l'indemnité pour une heure supplémentaire effectuée de façon régulière s'obtient en divisant le traitement brut moyen annuel du grade par le temps de service réglementaire hebdomadaire.

Le résultat obtenu est multiplié par 9/13^{ème}, dans la limite d'une heure supplémentaire excédant les maxima de services réglementaires des personnels, ce taux est majoré de 20%.

Lorsqu'il existe plusieurs grades au sein du même cadre d'emplois, le traitement moyen annuel brut du grade est calculé par référence à la classe normale du cadre d'emplois.

TBMG divisé par 16 pour les professeurs et 20 pour les assistants x 9/13 (x 20% dans la limite d'une heure de travail supplémentaire effectuée)

Heures supplémentaires irrégulièrement effectuées

Le montant de l'indemnité pour une heure supplémentaire effectuée de manière non régulière est égal au montant annuel de l'indemnité due au titre d'une heure supplémentaire effectuée régulièrement majoré de 25 %, le tout étant divisé par 36.

1 heure supplémentaire effectuée régulièrement =

TBMG divisé par 20 pour les assistants x 9/13 = total x 25% le tout étant divisé par 36

E. La question connexe, liée à la spécificité du régime d'obligation de service, de l'annualisation du temps de travail

- Le Conseil d'Etat a considéré que le régime de l'obligation de service prévu par les statuts particuliers des assistants et des professeurs, fait obstacle à ce que la collectivité territoriale annualise le temps de travail des agents qui y sont soumis (CE, 13 juillet 2006, req n°266692/266693/269672.

« Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les dispositions du décret du 2 septembre 1991, qui prévoient que les assistants territoriaux spécialisés d'enseignement artistique sont soumis à un régime d'obligations de service, font obstacle à ce que la collectivité territoriale qui les emploie leur applique les textes pris pour la mise en œuvre, dans la fonction publique territoriale, de la réduction de la durée du travail et de l'annualisation du temps de travail ; qu'ainsi, la délibération du conseil municipal de la COMMUNE DE LUDRES en date du 21

octobre 2002, qui présente un caractère réglementaire et peut être contestée sans délai par la voie de l'exception, n'a pu légalement procéder, conformément à l'article 18 de l'accord conclu le 10 décembre 2001 entre la commune et certains syndicats de fonctionnaires, à la réduction et à l'annualisation de la durée de travail des agents en cause ; qu'il suit de là que l'arrêté attaqué, par lequel la rémunération de Mme A a, au surplus, été réduite à 66 % du traitement brut annuel, alors que ses obligations hebdomadaires de service représentaient 75 % d'un temps plein est dépourvu de base légale et doit, en conséquence, être annulé»

- Cette position a été reprise par le Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat dans le cadre d'une réponse ministérielle (QE n°109865, JO AN du 16/08/2011, p.8859 qui précise :

« En application des dispositions du décret précité, rien ne s'oppose à ce que la collectivité territoriale demande à ses agents chargés de l'enseignement artistique d'exercer une activité pendant les vacances scolaires, dès lors qu'elle s'effectue dans le respect de leurs missions statutaires. »

F. QUID DES ENSEIGNANTS CONTRACTUELS ?

- La jurisprudence considère qu'il n'est pas possible, pour les agents contractuels, de bénéficier des dispositions issues des statuts particuliers. Cette restriction du champ d'application des dispositions des statuts particuliers induit l'inapplication du régime d'obligations de service aux agents contractuels.
 - La Cour Administrative d'Appel de Versailles a ainsi jugé inapplicables les dispositions du statut particulier des PEA pour les agents non titulaires en matière de durée d'enseignement hebdomadaire (CAA Versailles, 21 septembre 2006, 05VE00071) :

« qu'aucune des dispositions ainsi applicables aux requérants, agents non titulaires de la commune de Bonnières-sur-Seine, ne renvoie aux dispositions des articles 4 à 6 de la loi du 26 janvier 1984 instituant des cadres d'emploi régis par des statuts particuliers ; que les dispositions du décret du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 précité, auxquelles les contrats des intéressés se réfèrent explicitement dans leurs articles 2, ne font pas plus référence à ces cadres d'emploi ; qu'il s'ensuit que les requérants ne peuvent 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 ;»

- Au-delà de l'encadrement de la durée d'enseignement hebdomadaire, l'inapplicabilité des statuts particuliers aux agents contractuels peut avoir un impact concernant la grille indiciaire applicable. La Cour Administrative d'Appel de Lyon a considéré que

quand bien même les fonctions assurées sont identiques, l'agent étant contractuel, il n'est pas nécessairement soumis aux mêmes dispositions (C A Lyon, 7 février 2012, 11LY012525) :

« Considérant que les agents contractuels et les fonctionnaires ne se trouvent pas dans la même situation juridique au regard du service public, alors même qu'ils exerceraient les mêmes fonctions ; que, par suite, l'administration n'est pas tenue de soumettre les uns et les autres à la même réglementation, notamment en ce qui concerne les modalités de leur rémunération ; qu'ainsi, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires le prévoyant, le principe d'égalité n'impliquait pas que soit appliquée à M. A la grille indiciaire applicable aux agents titulaires exerçant les mêmes fonctions d'enseignement; »

L'exercice de fonctions similaires aurait justifié, si ce n'est en droit, au moins en équité, que soit appliqué aux agents contractuels le régime d'obligation de service appliqué aux agents titulaires. Néanmoins, par ces arrêts il apparaît clairement que les Cours Administratives d'Appel semblent partager la même position en justifiant la différence de traitement concernant l'application des statuts particuliers par la différence liée à la titularisation ou non de l'agent.

II. LES REGLES DE CUMUL D'ACTIVITES ET D'EMPLOIS

A. LES PRINCIPES GENERAUX

- **Fondement textuel** : l'article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983

« I.-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.

Sont interdites, y compris si elles sont à but non lucratif, les activités privées suivantes :

1° La participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts ;

2° 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 ;

3° 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.

Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent toutefois être autorisés à exercer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, 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 qui leur sont confiées et n'affecte pas leur exercice.

II.-L'interdiction d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative et le 1° du I ne sont pas applicables :

1° Au fonctionnaire ou agent non titulaire de droit public qui, après déclaration à l'autorité dont il relève pour l'exercice de ses fonctions, crée ou reprend une entreprise. Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale de deux ans à compter de cette création ou reprise et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an. La déclaration de l'intéressé est au préalable soumise à l'examen de la commission prévue à l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

2° Au dirigeant d'une société ou d'une association ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts, lauréat d'un concours ou recruté en qualité d'agent non titulaire de droit public, qui, après déclaration à l'autorité dont il relève pour l'exercice de ses fonctions, continue à exercer son activité privée. Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale d'un an à compter du recrutement de l'intéressé et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an. Sa déclaration est au préalable soumise à l'examen de la commission prévue à l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précitée.

III.-Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent librement détenir des parts sociales et percevoir les bénéfices qui s'y attachent. Ils gèrent librement leur patrimoine personnel ou familial.

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 des dispositions 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.

IV.-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.

V.-Sans préjudice de l'application de l'article 432-12 du code pénal, la violation du présent article donne lieu au reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue sur le traitement ».

- **Le principe reste celui du non cumul d'activités** : l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires pose le principe de l'obligation pour les fonctionnaires et les agents non titulaires de droit public, de consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées.
- **Mais de nombreuses dérogations sont prévues** : l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires pose le principe de l'obligation pour les fonctionnaires et les agents non titulaires de droit public, de

consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées.

- Possibilité d'être autorisé à exercer une activité à titre accessoire, auprès d'une personne publique ou privée ;
 - Possibilité de créer ou reprendre une entreprise, après déclaration à l'autorité dont l'agent relève, pour une durée maximale de trois ans ;
 - Possibilité d'exercer des activités de production d'œuvres de l'esprit ;
 - Possibilité d'exercer une activité privée lucrative, à titre professionnel, dès lors qu'ils occupent un emploi à temps non complet, ou exercent 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.
- Le 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 précise les conditions de mise en œuvre des différentes exceptions.

B. L'EXERCICE D'UNE ACTIVITE « ACCESSOIRE » PRIVEE OU PUBLIQUE A L'ACTIVITE PRINCIPALE

- L'article 1^{er} du décret du 2 mai 2007 modifié par le décret du 20 janvier 2011 précise qu'

« un même agent peut être autorisé à exercer plusieurs activités accessoires. »

- Conditions :

- L'exercice d'une activité accessoire :

Pour définir si l'activité cumulée constitue un emploi ou une activité cumulable, le juge recherchait si la rémunération perçue en contrepartie constitue un « traitement normal » pour l'agent (CE, 17 janvier 1986, *Bureau d'aide sociale de Billère*). Si la réponse était positive, il ne s'agissait pas d'une activité mais d'un emploi.

Le juge analysait la notion d'activité publique accessoire au regard également du temps travaillé (une activité nécessitant 3 ou 4 heures hebdomadaires de travail reste une activité accessoire).

Depuis la réforme intervenue en matière de cumul d'activité (Loi n°2007-148 du 2 février 2007 et décret n°2007-658 du 2 mai 2007), la réglementation en vigueur ne précise plus ni la notion d'emploi public, ni celle d'activité accessoire.

Circulaire n°2157 du 11 mars 2008 relative au cumul d'activités énonce :

« La notion d'activité doit être entendue comme une action limitée dans le temps, qui peut être occasionnelle ou régulière : mission, vacation, expertise, conseil, formation... S'agissant de l'activité assurée auprès d'une personne publique, en particulier, il ne peut s'agir de pourvoir un emploi vacant, y compris lorsqu'il s'agit d'un emploi à temps incomplet ou complet et ce, quelle que soit la quotité de travail de celui-ci ».

Le caractère accessoire de l'activité doit être apprécié, au cas par cas, en fonction de l'activité envisagée, des conditions d'emploi de l'agent, et des contraintes et sujétions particulières afférentes au service dans lequel l'agent est employé.

- L'activité accessoire doit être compatible avec les fonctions exercées (« l'activité accessoire ne doit pas porter atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service » : article 1^{er} du décret n°2007-658).

L'activité accessoire ne peut être exercée qu'en dehors des heures de service de l'agent.

Sont notamment susceptibles d'être exercées auprès dans le cadre d'une activité accessoire : Enseignement et formation, Activité à caractère culturel, activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif.

- L'exercice de l'activité accessoire est subordonné à la délivrance préalable d'une autorisation par l'autorité dont relève l'agent (articles 4 et 5 du décret n°2007-658).

C. LE CUMUL D'EMPLOIS PUBLICS

- La règle posée par l'article 8 du décret n°91-298 du 20 mars 1991 :

« Un fonctionnaire ne peut occuper un ou plusieurs emplois permanents à temps non complet que si la durée totale de service qui en résulte n'excède pas de plus de 15 p. 100 celle afférente à un emploi à temps complet. »

- L'appréciation du temps de travail pour la mise en œuvre de cette disposition (16/20 h ou 35h ?) : CE, 20 décembre 2011, n°317792 dans le même sens CAA de Versailles, 18 octobre 2012, n°10VE01827 :

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'un fonctionnaire territorial occupant un emploi à temps complet peut occuper un ou plusieurs emplois à temps non complet dans d'autres collectivités à condition que sa durée totale de service n'excède pas de plus de 15 % celle afférente à un emploi à temps complet ; que si cette durée s'apprécie, en principe, par référence à la durée de trente-cinq heures par semaine, il n'en va pas de même s'agissant des emplois dans lesquels les personnels sont soumis, en vertu du statut particulier de leur cadre d'emplois, à des régimes d'obligations de service ; que la détermination de la durée totale de service susceptible d'être effectuée en occupant simultanément deux ou plusieurs emplois de ce type s'apprécie par référence à la durée de services fixée par le statut, pour chacun des emplois, afférente à un emploi à temps complet ; »

D. LE CUMUL DE L'EMPLOI PUBLIC AVEC UN EMPLOI PRIVE

- Les agents titulaires ou non titulaires, occupant un emploi à temps non complet inférieur ou égal à 70% peuvent exercer une activité privée lucrative, dans des conditions compatibles avec leurs obligations de service et sous réserve que ces activités ne portent pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service (cf. article 15 du décret n°2007-758).
 - L'agent n'a pas à démontrer le caractère accessoire de l'activité envisagée.
 - L'agent n'a pas à obtenir d'autorisation de l'autorité dont il relève mais il doit l'informer préalablement et par écrit du cumul d'activités envisagé.

- Les agents titulaires ou non titulaires peuvent exercer librement les activités de production d'œuvres de l'esprit.

Aux termes des dispositions de l'article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 :

« 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 des dispositions de l'article 26 de la présente loi. »

Il a notamment été admis par le Conseil d'Etat, par un arrêt en date du 8 novembre 2000, n°200835, rendu au visa du décret-loi du 29 octobre 1936 que l'activité de musicien concertiste s'analyse comme une production d'œuvres artistiques qui s'exerce donc librement.

Le Conseil d'Etat a considéré que :

« aux termes de l'article 7 de ce même décret-loi : "Nul ne peut exercer simultanément plusieurs emplois rémunérés sur les budgets des collectivités visées par l'article 1er. Est considérée comme emploi pour l'application des règles posées au présent titre toute fonction qui, en raison de son importance, suffirait à occuper normalement à elle seule l'activité d'un agent, et dont la rémunération, quelle que soit sa dénomination, constituerait, à raison de sa quotité, un traitement normal pour ledit agent (...);

(...)

Considérant, d'autre part, que si le syndicat mixte soutient que le droit à indemnisation de M. THEVENET doit être réduit ou supprimé en raison de la situation de cumul irrégulier dans laquelle il se trouvait au regard des dispositions de l'article 7 précité, il résulte de l'article 3 du même décret qu'est exclue de son champ d'application la production des œuvres artistiques ; que ces dispositions font, dès lors, obstacle à ce que puissent être opposées à M. THEVENET, qui exerçait l'activité de musicien au sein de l'orchestre philharmonique des Pays-de-Loire, les dispositions de l'article 7 précité ; que, par suite, le syndicat mixte ne peut utilement se prévaloir, à l'appui de ses conclusions tendant à ce qu'il soit déchargé de tout ou partie de sa responsabilité, de ce que l'intéressé était en infraction aux règles de cumul prescrites par cet article ; »

La liberté d'exercice d'une activité de production d'œuvres de l'esprit exclut toute nécessité d'obtention d'une autorisation préalable.

E. LA NATURE DU CONTRAT LORSQUE LES PROFESSEURS OU LES ASSISTANTS PARTICIPENT A DES CONCERTS ORGANISES PAR LEURS COLLECTIVITES

- La spécificité des membres des cadres d'emplois de l'enseignement artistique réside dans le fait qu'ils sont à la fois :
 - agents publics et assurent à ce titre des tâches d'enseignement ou d'assistance des enseignants,
 - et
 - musiciens/artistes et sont donc amenés à réaliser des concerts publics pour le compte de leur employeur ou d'autres personnes privées, entrepreneurs de spectacles.

- Par un arrêt en date du 6 juin 2011, le Tribunal des conflits a jugé que des professeurs territoriaux d'enseignement artistique employés par une collectivité territoriale, qui réalisent des prestations musicales, dans le cadre d'un festival organisé par celle-ci, en dehors de leurs obligations de service, sont liés à leur collectivité, pour ces prestations, par un contrat de droit privé et non par un contrat de droit public (TC, 6 juin 2011, Bussière-Meyer, n°C3792).

Faits : M. Bussière-Meyer, professeur territorial d'enseignement musical à l'école nationale de musique de Belfort (école intercommunale malgré la dénomination, gérée par la Communauté de l'Agglomération Belfortaine) a participé en tant que musicien à la demande de la communauté d'agglomération (son employeur) à plusieurs concerts publics entre le 1er février 2002 et le 12 mai 2006 dans le cadre d'un festival qu'elle organisait.

M. Bussière-Meyer soutenait que ses participations s'inscrivaient dans le cadre d'un contrat régi par le code du travail relevant de la compétence du juge judiciaire et qu'elles devaient être rémunérées selon le tarif applicable aux artistes du spectacle tel que défini par le syndical national des entreprises artistiques et culturelles lorsqu'ils sont employés par un entrepreneur de spectacles et non selon le tarif fixé par une délibération de l'organe délibérant de l'autorité organisatrice.

- Cet arrêt va à l'encontre du principe traditionnel issu de la jurisprudence Berkani (TC, 25 mars 1996, Préfet de la Région Rhône-Alpes, préfet du Rhône c/ Conseil des prud'hommes de Lyon) :

« Sauf dispositions législatives contraires, les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif géré par une personne publique sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi ».

- Pour passer outre ce principe le Tribunal des conflits a pris en compte :
- l'article L. 762-1 du code du travail (aujourd'hui articles L. 7121-2, L. 7121-3 et L. 7121-4) :

« Tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production, est présumé être un contrat de travail dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité, objet de ce contrat, dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce. / Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération, ainsi que la qualification donnée au contrat par les parties. Elle n'est pas non plus détruite par la preuve que l'artiste conserve la liberté d'expression de son art, qu'il est propriétaire de tout ou partie du matériel utilisé ou qu'il emploie lui-même une ou plusieurs personnes pour le seconder, dès lors qu'il participe personnellement au spectacle. / Sont considérés comme artistes du spectacle, notamment, (...) le musicien ».

- l'article 1-1 de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles (aujourd'hui article L. 7122-2) :

« Est entrepreneur de spectacles vivants toute personne qui exerce une activité d'exploitation de lieux de spectacles, de production ou de diffusion de spectacles, seul ou dans le cadre de contrats conclus avec d'autres entrepreneurs de spectacles vivants, quel que soit le mode de gestion, public ou privé, à but lucratif ou non, de ces activités ».

- l'article L. 620-9 du code du travail (aujourd'hui article L. 7122-22 et L. 7122-23) :

« Les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui n'ont pour activité principale ou pour objet ni l'exploitation de lieux de spectacles, de parcs de loisirs ou d'attraction, ni la production ou la diffusion de spectacles, sont tenues, lorsqu'elles exercent l'activité d'entrepreneurs de spectacles vivants, de procéder aux déclarations obligatoires liées à l'embauche et à l'emploi sous contrat à durée déterminée d'artistes du spectacle mentionnés à l'article L. 762-1 du même code et au versement de l'ensemble des cotisations et contributions sociales, d'origine légale ou conventionnelle, prévues par la loi et se rapportant uniquement à leur activité de spectacle ».

- La solution :

« Il résulte de ces dispositions spécifiques que le contrat par lequel une collectivité publique gérant un service public administratif et agissant en qualité d'entrepreneur de spectacle vivant, engage un artiste du spectacle en vue de sa participation à un tel spectacle, est présumé être un contrat de travail soumis aux dispositions du code du travail »

Le Tribunal des conflits juge qu'en organisant le festival, la communauté de l'agglomération belfortaine a assumé une mission de service public et l'a remplie dans des conditions exclusives de tout caractère industriel ou commercial.

Mais la participation de M. Bussière-Meyer ne peut pas être regardée comme constituant :

- soit une obligation de service hebdomadaire incombant à celui-ci en application du statut particulier de son cadre d'emplois,
- soit l'accessoire nécessaire d'une telle obligation, dès lors que ces concerts n'avaient pas pour objet de lui permettre, avec ses élèves, de pratiquer la musique en public pour valoriser l'enseignement dispensé,

Par conséquent, les contrats, par lesquels la Communauté d'Agglomération s'est assurée, comme entrepreneur de spectacles vivants, de la participation de M. Bussière-Meyer à des concerts, en qualité de musicien, entrent dans le champ des dispositions du code du travail et le litige relatif au montant des salaires réclamés au titre de l'exécution de ces contrats relève de la compétence du juge judiciaire.

- Conséquences de la solution dégagée par le Tribunal des conflits :
 - la collectivité publique, entrepreneur de spectacles vivants, doit procéder aux déclarations obligatoires liées à l'embauche et à l'emploi sous contrat à durée déterminée d'artistes du spectacle ;
 - la collectivité doit rémunérer ses musiciens comme des artistes du spectacle selon le barème fixé par le syndicat national des entreprises artistiques et culturelles ;
 - la collectivité doit verser l'ensemble des cotisations et contributions sociales, d'origine légale et conventionnelle, prévues par la loi et se rapportant uniquement à l'activité de spectacle.

A ce titre, les dispositions de l'article L. 311-3 du 5° du code de la sécurité sociale affilient obligatoirement les artistes du spectacle aux assurances sociales du régime général.

- A noter que cette jurisprudence du Tribunal des conflits a été confirmée :

Par un arrêt *Mme OLTEANU c/ Ville de Saint-Etienne*, (req. n°3910, 17 juin 2013), le Tribunal des Conflits réitère sa position et écarte la jurisprudence *Berkani*.

En l'espèce, une violoniste avait été engagée dans le cadre de contrats à durée déterminée pour participer à des concerts donnés par l'orchestre de la Ville de Saint-Etienne, exploité en régie directe.

Bien que la jurisprudence « *Berkani* » ait posé le principe selon lequel tout agent participant au service public est un agent de droit public. Le tribunal des conflits a cependant estimé dans cet arrêt qu'une collectivité qui emploie un artiste du spectacle agit en tant qu'entrepreneur du spectacle, et qu'à ce titre, le contrat de recrutement est un contrat de droit privé relevant du code du travail.

« le contrat par lequel une collectivité publique gérant un service public administratif et agissant en qualité d'entrepreneur de spectacle vivant engage un artiste de spectacle en vue de sa participation à un tel spectacle, est présumé être un contrat de travail soumis aux dispositions du code du travail ».

F. TENTATIVE DE SYNTHÈSE DE CES RÈGLES ET IMPACT DU PROJET DE LOI EN COURS D'ADOPTION

- Dans le cadre de son intervention en qualité de concertiste : l'agent est toujours recruté dans le cadre d'un contrat de droit privé qu'il peut exercer librement si l'on s'en tient à l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000 (étant précisé, que le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur cette question depuis l'abrogation du décret-loi de 1936).

Néanmoins, d'un point de vue strictement pratique, il serait peut-être préférable de susciter des demandes d'autorisation du cumul, comme si l'activité entraînait dans le champ d'activités accessoires susceptibles de faire l'objet d'une autorisation. On précisera néanmoins que dès lors que l'agent occupe son emploi pour un temps de travail inférieur ou égal à 70% d'un temps complet, son obligation sera limitée à une simple information préalable de son employeur.

- Si l'agent effectue des heures d'enseignement qui excèdent son régime d'obligation de service : il sera payé en heures supplémentaires
- Si l'agent cumule son emploi avec d'autres heures d'enseignement dans une autre structure publique : il sera sous le régime du cumul d'emplois avec la limite des 115 % ou sous le régime du cumul avec une activité publique accessoire
- Si l'agent cumule son emploi avec d'autres heures d'enseignement dans une structure privée : il sera sous le régime de l'activité privée accessoire ou sous le régime du cumul d'emploi (public/ privé) s'il occupe un emploi à temps non complet inférieur ou égal à 70 % d'un temps complet