

Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics

Le Premier ministre, constatant que le décret en Conseil d'Etat destiné à prévoir les dérogations au principe d'interdiction d'exercice d'une activité professionnelle privée lucrative n'avait pas été pris, a demandé au Conseil d'Etat d'étudier les anomalies résultant de l'application du décret-loi du 29 octobre 1936, qui tient lieu de décret d'application de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, et de proposer les mesures qui permettraient de restaurer une réglementation mieux adaptée aux impératifs et aux principes auxquels doivent obéir les missions de l'Etat et le fonctionnement du service public.

Tel est l'objet du présent rapport.

Sommaire

Première partie

Les objectifs et les contraintes d'une réglementation des cumuls d'activités et de rémunérations des agents publics	7
Les objectifs.....	7
Les limites.....	8
Les contraintes.....	10
La méthode	10

Deuxième partie

Champ d'application de la réglementation.....	13
La double définition actuelle du champ d'application	13
Imperfections et contradictions de l'actuel champ d'application des règles de cumul	15
La nécessité d'une révision fondamentale du champ d'application de la réglementation anti-cumul	17

Troisième partie

Interdiction d'exercice d'une activité privée	23
L'état actuel du droit : le principe de l'interdiction.....	23
Les dérogations actuellement autorisées	25
<i>La production d'oeuvres scientifiques, littéraires ou artistiques</i>	25
<i>Les enseignements, consultations et expertises</i>	26
<i>Exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions</i>	26
<i>Autres dérogations</i>	28
Procédure requise pour bénéficier de la dérogation	28
Propositions de modification de la réglementation	28
<i>Première dérogation</i>	28
<i>Deuxième dérogation</i>	29
<i>Troisième dérogation</i>	29
<i>Autres dérogations</i>	30
<i>Instituer une procédure plus stricte</i>	31

Quatrième partie

Régime du cumul d'emplois et d'activités publics.....	33
La notion de «cumul d'emplois publics».....	33
<i>L'état actuel du droit : l'interdiction de cumuler des emplois publics</i>	33
<i>Le «cumul d'emplois publics» : une notion inadaptée à supprimer</i>	34
Cumul d'activités publiques : conditions et procédure	35
<i>Qu'est-ce qu'une activité publique ?</i>	35
<i>Un régime juridique incertain</i>	35
<i>Clarté et simplicité, conditions nécessaires à une bonne application de la nouvelle réglementation</i>	37

Cinquième partie

Limites posées au cumul de rémunérations	39
La réglementation actuelle sur le plafonnement des rémunérations publiques	39
<i>Répartition des rémunérations publiques en trois ensembles</i>	<i>39</i>
<i>Conséquences du dépassement du plafond de rémunérations publiques</i>	<i>40</i>
Une réglementation compliquée, difficile à expliquer et mal appliquée.....	40
<i>Lacunes du texte de 1936.....</i>	<i>41</i>
<i>Vieillessement du texte.....</i>	<i>41</i>
<i>Ambiguïtés</i>	<i>42</i>
<i>Un affichage maladroit.....</i>	<i>42</i>
<i>Une réglementation mal ou peu appliquée</i>	<i>43</i>
Un nouveau mode de calcul du plafond de rémunérations publiques.....	45
Absence de limitation des rémunérations privées	49
<i>Objectifs d'un éventuel plafonnement.....</i>	<i>49</i>
<i>Effectuer un choix entre plusieurs options</i>	<i>50</i>
 Conclusion	 53
 Annexes.....	 55
Lettre de saisine du Premier ministre	57
Composition du groupe d'étude.....	59
Liste des personnes auditionnées.....	61
Résumé des propositions du Conseil d'Etat	63
Projets de textes relatifs au cumul d'activités et de rémunérations	67
Décret-loi du 29 octobre 1936	71

Les objectifs, les limites et les contraintes d'une réglementation des cumuls d'activités et de rémunérations des agents publics

Les objectifs

La réglementation des activités que peuvent exercer les agents publics en sus de leurs fonctions répond à plusieurs **objectifs**. Certains conduisent à restreindre les possibilités d'exercice de ces activités accessoires : la bonne exécution du service et les règles de déontologie, la lutte contre le chômage, le respect de règles de non-concurrence à l'égard de professions privées. D'autres en revanche, et pour des motifs d'intérêt général, tendent à maintenir les possibilités pour les agents publics d'exercer des activités en sus de leur fonction principale : la valorisation de l'expertise interne à l'administration et le souci de voir les meilleures compétences employées au service de collectivités publiques.

Le premier objectif, prioritaire et permanent, est la **bonne exécution du service et le respect d'une déontologie par l'agent public**. L'Etat a le devoir de s'assurer que les agents publics, en charge de missions d'intérêt général, accomplissent correctement les fonctions pour lesquelles ils ont été recrutés et sont rémunérés.

Une des conditions de cette bonne exécution est que les agents publics consacrent leur temps de travail à leurs fonctions. Cette exigence fonde l'ensemble de la réglementation des cumuls d'activités, notamment les pouvoirs de chaque chef de service de mettre fin à tout moment, pour des motifs tirés de l'intérêt du service, aux autorisations de cumul précédemment accordées.

La réglementation des cumuls répond aussi à une obligation de déontologie. Les activités accessoires des agents publics ne doivent pas nuire à l'autorité des personnes publiques qui les emploient à titre principal, ni mettre en doute l'indépendance ou l'impartialité de ces agents. L'action des personnes publiques ne doit pas risquer d'être influencée par les activités accessoires ou, pis, les intérêts financiers des agents chargés d'accomplir cette action. Cette nécessité fonde d'abord la limitation des activités privées des agents publics, mais aussi celle de certaines activités publiques accessoires.

Le deuxième objectif est de contribuer à **lutter contre le chômage**, en évitant que les agents publics, qui -par définition- occupent déjà un emploi, n'exercent en sus de cet emploi une activité -même publique- qui pourrait être exercée par une personne privée d'emploi.

Cette logique de partage du travail était déjà présente en 1936 lors de l'adoption du décret-loi qui est toujours le régime de droit commun de la réglementation des cumuls. Elle est toujours présente en 1999, comme en témoigne la loi du 13 juin 1998 de réduction du temps de travail dans le secteur privé, qui se fixe une réduction du chômage par le partage du travail.

Les moyens qui permettent d'atteindre cet objectif sont ici la limitation des cumuls d'activités, tant avec une activité privée qu'avec une activité publique, et le plafonnement du cumul de rémunérations, qui conduit automatiquement à une limitation du cumul d'activités.

Il s'agit aujourd'hui de renforcer la cohérence des politiques d'emploi, en réduisant les distorsions de concurrence qui peuvent exister dans certains secteurs lorsque les collectivités publiques préfèrent confier des missions à des agents publics plutôt qu'à des personnes privées d'emploi. Il ne faut cependant pas trop attendre des limitations au cumul d'activités des agents publics : elles ne se traduiront pas nécessairement par des créations d'emplois équivalentes, tant les activités exercées par les fonctionnaires et agents publics à titre accessoire recouvrent mal le profil des personnes privées d'emploi.

Le troisième objectif répond au souci **d'éviter la concurrence que pourraient porter certains agents publics à l'activité de certaines professions privées**. Les collectivités publiques disposent de beaucoup d'agents très qualifiés, qui peuvent être sollicités en raison de leur compétence, surtout ceux d'entre eux qui exercent des professions techniques, pour réaliser des prestations pour des personnes privées. Dans ce cas, elles sont souvent effectuées dans les locaux affectés au service, en utilisant les moyens techniques du service. Ils peuvent alors offrir, à un coût nettement moindre, une prestation équivalente à celle que réaliseraient des entreprises privées.

Cette faculté d'exercer une concurrence déloyale a déjà conduit à poser quelques règles particulières pour protéger certaines professions. Les exigences toujours plus affirmées du droit de la concurrence en France et en Europe conduisent certainement à renforcer ces tendances.

Les limites

Mais ces objectifs ne peuvent déterminer à eux seuls la réglementation des cumuls d'activités et de rémunérations des agents publics. Plusieurs considérations, d'intérêt général elles aussi, tendent à maintenir certaines facultés de cumul.

Il convient de *valoriser l'expertise interne à l'administration*, en retenant une double approche :

- Il s'agit d'abord d'une exigence pour l'Etat que de maintenir une expertise technique ou juridique de haut niveau. Il est d'intérêt général que les acteurs privés puissent s'appuyer sur des compétences publiques de grande qualité. La recherche initiée par les acteurs publics profite ensuite à des acteurs privés, qui la valorisent à leur tour. Cet échange constant de compétences nécessite une mobilisation des compétences publiques sans s'arrêter à des frontières administratives. L'efficacité de cette mission d'intérêt général justifie des règles dérogatoires, qui peuvent même parfois apparaître incohérentes, introduites pour traduire des démarches

différenciées selon les priorités du moment. Il faudrait alors veiller à assurer la réversibilité de ces dérogations lorsque les motifs de leur insertion ont disparu.

- Portant un regard plus précis, on remarque que certaines activités ponctuelles remplies par des administrations ne peuvent être efficacement exercées que par des agents publics : les jurys de concours de fonctionnaires doivent comporter des agents exerçant leurs fonctions dans une administration, les formations professionnelles sont d'autant plus performantes que les formateurs sont des praticiens de la technique qu'ils enseignent ; la représentation de l'Etat devant les juridictions internationales peut nécessiter le recours à des agents publics affectés dans une autre administration que celle à qui incombe cette représentation ; de nombreuses missions d'expertise ou de conseil nécessitent le regard de professionnels de l'action publique, qui sont le plus souvent des agents publics à qui cette mission temporaire sera confiée en sus de leur activité. Ces concours d'agents publics permettent d'ailleurs d'importantes économies, leur concours étant très sensiblement moins rémunéré que la prestation de spécialistes extérieurs à l'administration.

Le souci de *maintenir une haute qualité des agents publics* doit aussi être pris en compte. Cette exigence peut se traduire d'au moins trois façons différentes :

- Les collectivités publiques, et spécialement l'Etat, doivent pouvoir continuer à attirer, dans chacun des métiers qu'elles exercent, les meilleurs professionnels. La recherche et l'exigence de la compétence n'étant pas l'exclusivité des personnes publiques, il faut prendre en compte l'attraction du secteur privé que peuvent subir les meilleurs des agents publics en comparant les rémunérations servies dans le secteur privé et dans l'administration.

Au cours des dernières années, il a pu être débattu du niveau pertinent et des modalités des rémunérations dans la haute fonction publique. Ils auraient conduit, surtout dans des périodes d'activité économique plus soutenue, à une fuite importante hors de l'administration de bons éléments dont le goût pour le service public aurait cédé le pas devant la perspective d'une rémunération supérieure dans le secteur privé.

Que cette thèse soit fondée ou non, la réponse ne se trouve pas dans la réglementation du cumul d'activités et de rémunérations. Admettre que les agents publics puissent compenser une rémunération jugée insuffisante par l'exercice généralisé d'une multi-activité n'est pas digne d'un Etat moderne. Si le montant des rémunérations des agents publics s'avérait insuffisant, c'est par une augmentation de ces rémunérations qu'une éventuelle fuite vers le secteur privé devrait être enrayée, non par un assouplissement de la réglementation de l'exercice d'activités accessoires, qui se traduirait vite par une dégradation de la qualité du travail des agents publics.

- La double activité est parfois une condition nécessaire à la qualité du travail de certains agents publics. Dans le secteur de l'enseignement supérieur ou professionnel par exemple, on imagine mal que certains puissent enseigner une discipline (architecture, médecine, musique...) qu'ils ne pratiqueraient pas. L'autorisation de certains cumuls d'activités est la traduction de l'association nécessaire à certains métiers publics de techniciens de haut niveau pour lesquels la double activité est essentielle à leur excellence.

- Le développement de certaines politiques publiques passe parfois par un indispensable assouplissement de la réglementation anti-cumul. Par exemple, l'essaimage de la recherche dans l'industrie peut conduire à des dérogations visant à encourager les chercheurs à développer des

activités privées découlant de leurs fonctions publiques. On peut citer aussi l'encouragement à la pluri-activité dans les zones de montagne, pour maintenir dans des régions peu peuplées à la fois des services publics et des activités privées qui ne nécessitent, en certains endroits ni les uns ni les autres, des emplois à temps plein.

Ces dispositions devraient d'ailleurs, le plus souvent, être temporaires et suivre l'évolution des politiques publiques.

Cependant, les statuts de certains corps de fonctionnaires ou des textes de même nature ont prévu certains régimes spéciaux de cumul d'emplois ou de rémunérations : cadres hospitalo-universitaires, enseignants-chercheurs, ingénieurs des services extérieurs de l'Etat. La présente étude ne portera pas sur ces régimes spéciaux qui s'accordent à la nature particulière des fonctions exercées.

Les contraintes

Toute modification de la réglementation des cumuls d'activités des agents publics est partiellement liée à d'autres questions délicates relatives à la rémunération de ces agents et aux modes de calcul de cette rémunération.

- **Le temps de travail.** La limitation du cumul d'activités -publiques ou privées- n'est pas sans lien avec la durée légale du travail dans la fonction publique. Tout raccourcissement de cette durée ou tout allègement des obligations de service dégage du temps que certains agents publics pourraient chercher à occuper par des activités accessoires rémunérées ou par du travail non déclaré. Il n'y a pas, à cet égard, de différence importante entre le comportement des agents publics et des agents privés.

- **Les primes.** Le plafonnement des rémunérations publiques obéit à un mode de calcul qui fait actuellement intervenir la distinction entre traitement de base et primes. Toute modification de ce mode de calcul conduit à modifier la situation relative des corps de fonctionnaires, selon que les primes représentent une proportion plus ou moins grande de leur rémunération totale. Le Conseil d'Etat s'est attaché à rechercher le mode de calcul du plafonnement des rémunérations qui donne le moins de conséquences aux variations de primes dans le temps ou d'un agent à l'autre.

- De façon plus générale, la réglementation doit **concilier la nécessité d'établir une règle générale et de conserver des exceptions**, déjà admises par le décret-loi de 1936, dans les secteurs où une réglementation particulière est rendue nécessaire par des motifs d'intérêt général.

La méthode

La réglementation du cumul par les agents publics de plusieurs activités, assortie d'une réglementation du cumul de leurs rémunérations, est issue d'un décret-loi du 29 octobre 1936.

Ce texte constitue le régime de droit commun applicable aux limitations de cumul d'activités et de rémunérations des agents publics. Il définit :

- un régime de cumul des activités publiques avec des activités privées ;
- un régime de cumul des activités publiques avec d'autres activités publiques ;
- des limites au cumul de rémunérations ;
- un régime de cumul d'une pension publique avec une rémunération d'activité.

Trois séries de circonstances contribuent à rendre la réglementation actuelle d'une très grande complexité :

a) Les modifications de ce texte au cours des années cinquante et soixante (décret n°55-957 du 11 juillet 1955 et loi n°63-156 du 23 février 1963) ;

b) La multiplication des textes particuliers dérogeant, le plus souvent implicitement, aux dispositions générales, en ont sensiblement altéré la cohérence et la compréhension. Les lacunes constatées dans l'application de la réglementation en sont probablement en partie issues ;

c) De nombreuses règles statutaires particulières à certaines catégories d'agents publics, auxquelles l'article 1er du décret-loi de 1936 reconnaît le pouvoir de déroger à la règle de droit commun, si elles trouvent pour la plupart une justification dans la nature ou les conditions d'exercice des missions remplies par ces agents, viennent brouiller la cohérence de la réglementation. Le Conseil d'Etat s'est heurté d'une part à l'impossibilité d'obtenir rapidement un recensement exhaustif de tous les régimes particuliers, que même la direction générale de l'administration et de la fonction publique n'est pas en mesure d'effectuer, et d'autre part au refus du ministère des finances de communiquer les textes qui régissent le mode très particulier de rémunération de certains corps de fonctionnaires (trésoriers-payeurs généraux et conservateurs des hypothèques). Il s'est donc attaché à l'étude du seul décret-loi du 29 octobre 1936, pour proposer un *nouveau régime de droit commun*, qui aurait vocation à s'appliquer le plus largement possible, c'est-à-dire à ne souffrir que de rares exceptions dûment justifiées par des considérations d'intérêt général. Mais il est clair que l'adoption d'un nouveau régime de droit commun ne dispense pas d'un recensement exhaustif des dispositions statutaires dérogatoires, car leur bien-fondé devra être vérifié.

Le Conseil d'Etat a donc entrepris une analyse critique de la réglementation actuelle et formule des propositions de réforme de chacun des points essentiels :

- champ d'application de la réglementation ;
- cumul d'activités publiques et d'activités privées ;
- cumul d'activités publiques ;
- plafonnement du cumul des rémunérations publiques.

Le présent rapport ne traite pas de la question du cumul des activités publiques avec un mandat politique : elle relève de motifs très différents de ceux qui justifient la limitation du cumul d'activités des agents publics.

Il ne traite pas non plus du cumul entre revenu d'activité et pension de retraite, dont les enjeux sont très différents de ceux posés par les seuls cumuls d'activités des agents publics. Les dispositions du décret-loi du 29 octobre 1936 relatives au cumul de pensions et de rémunérations d'activité (titre III) et au cumul de plusieurs pensions (titre IV) pourront d'ailleurs être abrogées, puisqu'elles figurent désormais aux articles L. 84 à L. 89 du code des pensions civiles et militaires de retraite.

Champ d'application de la réglementation

La double définition actuelle du champ d'application

Deux textes posent le principe de l'interdiction du cumul d'activités des agents publics et les possibilités de dérogation à ce principe.

Cette règle de non-cumul est d'abord définie par l'article 1er du décret-loi du 29 octobre 1936 modifié :

«Sauf dispositions statutaires particulières et sous réserve des droits acquis par certains personnels en vertu de textes législatifs ou réglementaires antérieurs, la réglementation sur les cumuls :

- d'emplois ;
- de rémunérations d'activité ;
- de pensions et de rémunérations ;
- et de pensions, s'applique aux personnels civils, aux personnels militaires, aux agents et ouvriers des collectivités et organismes suivants :

1ème) Administration de l'Etat, des départements et des communes, des départements et territoires d'outre-mer, des offices et établissements publics de ces collectivités à caractère administratif ;

2ème) Offices, établissements publics ou entreprises publiques à caractère industriel ou commercial et dont la liste est fixée par décret contresigné par le ministre des finances et des affaires économiques dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat ;

3ème) Organismes publics ou privés dont le budget de fonctionnement est alimenté en permanence et pour plus de 50% de son montant soit par des taxes fiscales ou parafiscales, soit par des cotisations rendues obligatoires en vertu d'un texte légal ou réglementaire, soit par des subventions allouées par l'une des collectivités visées aux paragraphes 1 et 2 du présent article.»

Le champ d'application de la réglementation de droit commun (article 1er du décret-loi de 1936) couvre donc l'ensemble des agents employés par trois catégories de «collectivités et organismes» :

1ème) Etat, départements et communes, départements et territoires d'outre-mer, et leurs établissements publics à caractère administratif ;

2ème) Offices, établissements publics ou entreprises publiques à caractère industriel ou commercial, à condition que ces entités soient inscrites sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat ;

3ème) Tous autres organismes publics ou privés dont le budget de fonctionnement est alimenté en permanence et pour plus de la moitié, par des fonds publics ou para-publics (taxes fiscales ou parafiscales, cotisations obligatoires ou subventions de collectivités visées aux § 1 et 2).

Règlements ultérieurs et jurisprudence sont venus préciser les contours de ces catégories.

Sont inclus dans le champ de l'article 1er :

- les médecins hospitaliers des hôpitaux publics¹ ;
- les enseignants des établissements privés sous contrat d'association² ;
- les personnels des caisses de sécurité sociale³ ;
- les agents des sociétés filiales des établissements publics, scientifiques et culturels (décret du 4 décembre 1985).

Pour la définition du périmètre du 3ème, le juge vérifie effectivement quelle part du budget de l'entité de droit privé est alimentée par des subventions. Si cette part est inférieure à 50%, l'agent n'est pas soumis aux règles de cumul⁴. Si elle est supérieure, il entre dans le champ d'application du décret-loi⁵.

Les magistrats, qui ne sont pas soumis au statut général de la fonction publique, connaissent des possibilités de cumul plus strictes que celles du droit commun. Après avoir posé le principe selon lequel «l'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice de toutes fonctions

1- CE, Sect., 21 juin 1957, *Oulès*, p. 416.

2- CE, 26 juin 1987, *Lelièvre*, p. 776.

3- CE, 29 décembre 1943, *Lebègue*, p. 307; CE, 15 juillet 1955, *Caisse interprofessionnelle d'Alger*, p. 644 ; CE, 12 octobre 1960, *Hirsch*, p. 914.

4- CE, 28 septembre 1988, *Ministre de l'éducation nationale c/Lemennicier*, p. 316.

5- CE, 10 février 1995, *Ministre de l'équipement c/Bigot*, n°126604 pour l'atelier parisien d'architecture et d'urbanisme, bien qu'il soit une personne morale de droit privé.

publiques et de toute activité professionnelle ou salariée», l'article 8 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, admet la possibilité de dérogations individuelles, accordées aux magistrats par leur chef de cour, «pour donner des enseignements ressortissant à leur compétence ou pour exercer des fonctions ou activités qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à la dignité du magistrat et à son indépendance». Seuls les travaux scientifiques, littéraires ou artistiques peuvent être menés sans autorisation préalable.

La règle de non-cumul est également posée par l'article L.324-1 du code du travail, qui dispose :

«Il demeure interdit dans les conditions fixées par les dispositions en vigueur aux fonctionnaires, agents et ouvriers des services publics de l'Etat, des départements et des communes, offices et établissements publics, aux personnels commissionnés aux (ou) titulaires de la société nationale des chemins de fer français ou des réseaux de chemin de fer d'intérêt local et autres services concédés, compagnies de navigation aériennes et maritimes subventionnées, régies municipales et départementales, directes ou indirectes, ainsi qu'au personnel titulaire des organismes de sécurité sociale, d'occuper un emploi privé rétribué ou d'effectuer à titre privé, un travail moyennant rémunération.

Demeurent notamment applicables les dispositions du décret modifié du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites et de rémunérations et de fonctions».

La violation des dispositions de l'article L.324-1 est pénalement sanctionnée (articles L.324-3 et R.362-4 du même code : contravention de 5^{ème} classe). Mais, en l'absence de disposition expresse la prévoyant, aucune nullité de la convention de droit privé ne peut être retenue⁶.

Imperfections et contradictions de l'actuel champ d'application des règles de cumul

Cette réglementation appelle de nombreuses critiques.

1^{ème}) Une première question se pose, qui est de savoir s'il est utile que deux textes de portée juridique différente définissent l'un et l'autre le champ d'application des règles destinées à limiter les possibilités de cumuls d'activités et de rémunérations des agents employés par une série d'administrations et d'organismes regardés comme relevant tous, au sens large, de la «sphère publique».

La réponse est certainement affirmative pour la raison suivante : la réglementation applicable aux fonctionnaires trouve un fondement législatif dans l'article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, et pour les agents non-titulaires de l'Etat, dans l'article 7 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984. En revanche, ces dispositions ne sont pas applicables aux agents de droit privé des administrations et organismes de la «sphère publique»,

6- Cass. soc., 5 mars 1986, Bull. civ. n°67 ; Cass. soc., 4 mai 1993, RJS 1993, n°776.

qui demeurent régis par le code du travail. Compte tenu des restrictions au droit de passer un contrat de travail qu'impliquent nécessairement des règles visant à limiter les cumuls d'activités et de rémunérations, et de l'atteinte ainsi portée à un principe fondamental du droit du travail, il apparaît nécessaire qu'une disposition législative insérée dans le code du travail assure un fondement incontestable aux dispositions anti-cumul applicables à ces agents de droit privé.

Encore faut-il cependant qu'il n'existe aucune distorsion dans la définition du champ d'application de la réglementation anti-cumul, selon que cette définition est donnée pour les fonctionnaires et agents de droit public par le décret-loi de 1936 d'une part, et pour les agents de droit privé par le code du travail d'autre part. Or il résulte du rapprochement de l'article 1er du décret-loi de 1936 avec l'article L.324-1 du code du travail qu'une telle distorsion existe, dans la mesure, notamment, où l'article L.324-1 inclut dans le champ des règles anti-cumul l'ensemble des «services concédés et compagnies de navigation aériennes et maritimes subventionnées», qui ne relèvent pas normalement du champ d'application du décret-loi de 1936. Cette anomalie résulte probablement d'une erreur de codification : l'actuel article L.324-1 du code du travail a maintenu la version d'origine du décret-loi de 1936 sans y apporter les modifications qu'a connues ce texte depuis 1936.

Il faut, à l'évidence, mettre fin à cette anomalie et aligner les deux définitions du champ d'application données par le texte applicable aux fonctionnaires et agents publics, et par le code du travail.

2ème) L'absence de cohérence dont souffre le champ d'application posé par l'article 1er du décret-loi de 1936 est surtout manifeste en ce qui concerne les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), mentionnés au 2ème de l'article 1er. Le principe est l'exclusion du champ d'application, sauf pour ceux de ces établissements publics qui sont inscrits sur une liste fixée par décret. Mais la liste des EPIC soumis à la réglementation des cumuls, si elle a bien été établie et complétée une dizaine de fois depuis l'origine, n'obéit à aucune logique. La question de l'inscription d'un EPIC sur cette liste est appréciée au cas par cas, le plus souvent selon les vœux des établissements eux-mêmes. C'est dire que l'inclusion de tel ou tel organisme répond à des objectifs souvent obscurs ou contradictoires. Par exemple, pourquoi l'Etablissement Public pour l'Aménagement de la région de la Défense (EPAD) figure-t-il sur la liste alors qu'aucun des établissements publics d'aménagement des villes nouvelles, non plus que ceux de la Basse-Seine ou du Mantois-Seine-aval n'y figure ?

Il est possible que certains de ces établissements publics, ne figurant pas sur la liste prévue au 2ème de l'article 1er soient inclus dans le champ du 3ème du même article, qui soumet à la réglementation anti-cumul les organismes dont le budget de fonctionnement est alimenté pour plus de 50% par des fonds d'origine publique (subventions, taxes, cotisations obligatoires). Cependant la légitimité de la réglementation sur les cumuls réclame davantage de cohérence et de clarté.

3ème) Le critère retenu pour le 3ème de l'article 1er (la moitié du budget de fonctionnement d'organismes publics ou privés alimenté en permanence par des taxes, cotisations obligatoires et subventions) est parfois délicat à appliquer. Chacune des notions peut conduire à des interprétations différentes : le partage entre budget de fonctionnement et budget d'investissement n'est pas toujours facile à faire dans l'hypothèse de montages financiers innovants ; les subventions ne sont pas toujours seulement financières mais peuvent consister en des mises à

disposition de locaux ou de personnels ; la période de référence n'est pas précisée et peut donner lieu à discussion. L'inclusion ou l'exclusion d'un organisme du champ d'application du 3ème de l'article 1er suscite donc bien des interrogations et conduit à des solutions différentes selon la portée donnée à ses termes par les différentes administrations concernées.

4ème) Les critères retenus par l'article 1er du décret-loi de 1936 n'ont pas suivi l'évolution de l'organisation et du fonctionnement de l'administration :

- d'autres collectivités publiques sont nées depuis 1936 : les régions n'y sont pas mentionnées ;
- les établissements publics de coopération entre collectivités locales, qu'il est difficile de classer en établissement public de l'une ou l'autre de ces collectivités mais sont plutôt des établissements publics sui generis, ne sont pas mentionnés non plus. La plupart d'entre eux relèvent du 3ème de l'article 1er mais on peut imaginer un syndicat intercommunal chargé des seuls transports urbains dont l'essentiel des ressources seraient commerciales ;
- les règles applicables aux EPIC locaux sont incertaines :
- le décret-loi de 1936 ne prévoit pas d'aménagement pour les agents à temps incomplet⁷ ;
- les activités internationales ne font pas l'objet d'un traitement adapté : s'agit-il d'activités privées ou publiques au regard du cumul et quelles règles leur sont applicables ? Comment peut-on exercer des activités accessoires auprès d'organismes internationaux ? Appartiennent-ils ou non à la sphère publique ?

La nécessité d'une révision fondamentale du champ d'application de la réglementation anti-cumul

Les contradictions et imperfections qui viennent d'être relevées appellent, à elles seules, une modification importante des règles actuelles. Mais le Conseil d'Etat estime nécessaire d'aller au-delà et de proposer une transformation plus fondamentale du système en vigueur depuis 1936.

Il faut noter en effet, que ce système comporte une définition unique de personnes publiques et organismes divers composant ce qu'on peut appeler «la sphère publique». Or le fait pour une personne publique ou une organisation quelconque d'appartenir à cette sphère publique comporte deux séries de conséquences bien distinctes :

7- Est un emploi à temps incomplet ou «non complet» celui dont la durée du travail est inférieure à celle fixée pour les emplois à temps complet. Cette faculté de créer des emplois à temps incomplet n'existe que dans les fonctions publiques territoriale et hospitalière, lorsque les besoins de la collectivité ne nécessitent pas d'employer une personne à temps complet. L'agent qui occupe un tel emploi est parfois appelé «agent à temps incomplet». En revanche, l'agent qui a demandé à n'effectuer qu'une partie de la durée du travail de l'emploi qu'il occupe est un «agent à temps partiel». Il s'agit d'une démarche volontaire qui repose sur la volonté de réduire la durée du travail que l'emploi occupé requerrait normalement d'accomplir.

- d'une part l'ensemble des fonctionnaires et agents, publics ou privés, relevant de cette personne publique ou de cet organisme se trouve soumis à la réglementation anti-cumul ;

- d'autre part, pour l'application de cette même réglementation, cette personne publique ou cet organisme sont regardés comme «publics» et sont donc susceptibles de s'attacher, à titre d'activité accessoire, les services d'agents relevant à titre principal d'autres parties de la sphère publique, en respectant seulement les règles relatives aux cumuls d'activités publiques, et sans se heurter à l'interdiction de principe qui frappe le cumul d'une activité publique et d'une activité privée.

Ce système a, il faut le reconnaître, le mérite de la simplicité. Mais il présente le grave défaut d'une excessive rigidité.

· S'agissant en effet de définir les entités dont les agents doivent être soumis à la réglementation anti-cumul, le Conseil d'Etat n'a pas trouvé de justification à soumettre à cette réglementation les agents des certains organismes privés (pour l'essentiel ceux du 3ème de l'actuel article 1er du décret-loi de 1936), qui ne se rattachent à la sphère publique que du fait d'un financement en partie public. En effet, la réglementation anti-cumul semble ne devoir être imposée qu'à des agents exerçant dans des administrations ou services dans lesquels des obligations particulièrement strictes de bonne exécution du service et de déontologie sont indispensables dans l'intérêt général. Hors de ces cas, le cumul éventuel d'activités semble devoir relever de la libre appréciation des organismes intéressés, sans que l'Etat ait à leur imposer des règles uniformes, précises et trop contraignantes. Il apparaît d'ailleurs qu'à l'heure actuelle aucun contrôle véritable de la soumission des agents de ces organismes à la réglementation anti-cumul n'a été organisé ni réalisé.

· En revanche, il serait contraire à l'intérêt général de déduire de ce qui précède que les fonctionnaires et agents des autres parties de la sphère publique n'auront plus la possibilité d'exercer d'activités accessoires auprès de telles entités, du fait de l'interdiction de principe du cumul entre activités publiques et activités privées. Ces entités sont présumées, du fait des subventions publiques qu'elles reçoivent, participer à des activités d'intérêt général, et peuvent avoir besoin du concours que leur apportent à titre d'activité accessoire, des fonctionnaires et agents publics.

Ces considérations conduisent à définir à l'intérieur de la «sphère publique» au sens large deux cercles concentriques :

- un cercle étroit définirait, outre les fonctionnaires en position d'activité, les seuls organismes dont l'ensemble des agents, publics ou privés, serait soumis à la réglementation anti-cumul ;

- un cercle plus large, englobant naturellement le cercle étroit, mais comprenant aussi d'autres organismes, définirait l'ensemble des entités susceptibles de recevoir des agents soumis à la réglementation anti-cumul au prix du seul respect des règles relatives aux cumuls d'activités publiques.

Cette proposition conduit donc à établir deux listes distinctes pour définir le champ d'application de la réglementation anti-cumul.

· Quels critères adopter pour définir le *cercle étroit*, c'est-à-dire les agents soumis aux règles anti-cumul ?

Le Conseil d'Etat propose de clarifier et d'actualiser l'article 1er du décret-loi de 1936 pour s'en tenir au "noyau dur" des personnes publiques, qui inclurait :

a) les fonctionnaires titulaires en position d'activité, quelle que soit leur affectation. Seraient donc notamment inclus ceux qui sont mis à disposition d'un autre organisme, à titre personnel ou à titre collectif (par exemple les fonctionnaires placés auprès de France Télécom⁸). Les fonctionnaires détachés suivent les règles applicables à leur emploi de détachement ;

b) les agents de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics administratifs (sont donc inclus les membres de la fonction publique hospitalière : personnels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986) et des organismes de sécurité sociale ;

c) les agents des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) de l'Etat, sauf dérogation expresse accordée par décret en Conseil d'Etat. En effet, il faudrait renverser la règle posée au 2ème de l'article 1er du décret-loi de 1936 : tous les agents des EPIC de l'Etat seraient désormais soumis en principe aux règles de cumul, sauf ceux des EPIC qu'un décret en Conseil d'Etat sortirait du champ d'application de ces règles. L'exclusion de la règle générale serait donc consciente et fondée sur des motifs d'intérêt général justifiant soit une exclusion totale de la réglementation anti-cumul, soit la soumission à des règles particulières propres à l'établissement ;

d) les agents des EPIC locaux. Reprenant une solution analogue à celle des EPIC de l'Etat, la loi fixerait le principe de leur inclusion dans le premier cercle, laissant à l'organe délibérant de la collectivité locale de rattachement la faculté de déroger, par une délibération motivée par des motifs d'intérêt général, à cette soumission de leurs agents à la réglementation anti-cumul de droit commun ;

e) les personnels des groupements d'intérêt public (GIP) sont souvent des agents mis à disposition par d'autres entités, qui continueront donc à être régis par les règles applicables à cette entité d'origine. Pour le personnel propre des GIP, il faudrait les distinguer selon un critère simple, celui du mode de gestion du GIP, qui figure dans sa convention constitutive. Seuls les personnels des GIP relevant d'un mode de gestion publique seraient inclus dans le premier cercle, suivant le régime adopté par les EPIC.

Sortiraient en revanche de ce champ les agents des entreprises publiques soumises au droit des sociétés et de tous les autres organismes (actuel 3ème de l'article 1er du décret-loi de 1936).

Il apparaît également nécessaire de tenir compte du développement du travail «à temps incomplet» dans la fonction publique. Tous les agents employés par les organismes appartenant au premier cercle ne doivent pas entrer dans le champ d'application de la réglementation. Le développement du travail à temps non complet nécessite, en effet, que la situation de ces personnels au regard des

8- Les agents de droit privé de France Télécom ou de l'Imprimerie nationale, sociétés de droit privé, ne seraient donc pas soumis aux règles de cumul applicables aux fonctionnaires travaillant dans ces mêmes sociétés.

règles de cumul soit adaptée. Réglementer strictement les possibilités de cumul des agents qui n'exercent que quelques heures hebdomadaires au service d'une personne publique reviendrait à leur interdire en fait de partager leur temps entre plusieurs employeurs. Doit-il suffire qu'un professeur de musique donne quelques heures de cours dans une école municipale pour entrer dans la réglementation des cumuls ? Doit-il suffire qu'un agent d'entretien travaille quelques heures hebdomadaires pour nettoyer l'école d'une commune rurale pour entrer, lui aussi, dans la réglementation des cumuls, ce qui conduirait à lui interdire d'exercer les mêmes fonctions chez des particuliers pour compléter un revenu que la petite commune, qui n'a pas l'usage d'un agent à temps plein, ne peut pas lui offrir ?

Devraient donc être seules soumises à la réglementation anti-cumul les personnes qui exercent un ou plusieurs emplois dont la durée hebdomadaire cumulée auprès d'organismes appartenant à la première sphère serait supérieure à 19h 30 (moitié de la dure légale du travail dans la fonction publique de l'Etat, fixée à 39 heures par l'article 1er du décret n°94-725 du 24 août 1994). Ce seuil doit être défini de manière uniforme, par référence à la fonction publique de l'Etat, pour éviter les distorsions entre collectivités locales (où la durée hebdomadaire du travail est fixée par délibération du conseil municipal)⁹.

Les agents qui exercent à temps non complet pour une durée inférieure seraient exclus du premier cercle, même s'ils sont fonctionnaires (cas de la fonction publique territoriale).

En l'état actuel de la législation, les possibilités de cumul sont très restreintes pour les agents «à temps partiel» (article 39 de la loi du 11 janvier 1984 ; article 60 de la loi du 26 janvier 1984 ; article 46 de la loi du 9 janvier 1986). Cette restriction doit être maintenue : dès lors qu'un agent fait le choix de ne pas exercer l'ensemble des obligations de service, et en obtient l'autorisation de son administration, il ne doit pas utiliser le temps libre qu'il a ainsi dégagé pour entreprendre une autre activité rémunérée.

· Il faut aussi *déterminer la liste des entités appartenant au second cercle, le plus large, dans lesquelles les agents soumis aux règles de cumul pourront exercer une autre activité publique* («activité accessoire»).

Le Conseil d'Etat propose que cette liste comporte

9- CE, 30 octobre 1990, *Commissaire de la République du département de Seine-et-Marne c/Commune de Montereau-Fault-Yonne*, p. 617. On peut d'ailleurs s'interroger sur la pertinence de cette décision, selon laquelle un conseil municipal peut légalement fixer la dure de travail hebdomadaire dans les services municipaux à 35 heures, alors qu'elle était de 39 heures auparavant. Le juge administratif, si pointilleux sur les avantages en nature accordés par les collectivités locales à leurs agents, en termes de logements de fonction (CE, Ass., 2 décembre 1994, *Préfet du Nord*, p. 529) ou de rémunérations annexes (CE, 27 novembre 1992, *Fédération Interco CFDT et autres*, p. 426), peut-il laisser une commune décider ainsi d'une baisse de 10% de la durée du travail, ce qui est presque équivalent à une augmentation de revenu de 10% ? ...

a) - les organismes inclus dans le premier cercle défini ci-dessus. En ce qui concerne les établissements publics à caractère industriel et commercial inclus dans le premier cercle, le principe doit aussi être celui de l'inclusion dans la liste des organismes publics susceptibles d'accueillir des agents du premier cercle pour une activité accessoire. En revanche, si tel EPIC a souhaité une dérogation expresse pour que ses agents ne soient pas soumis aux règles de cumul, il ne pourra pas accueillir, pour une activité publique accessoire, des agents soumis au cumul. Il ne le pourrait qu'au titre d'une activité privée (soumise à des conditions plus restrictives) ;

b) - les sociétés privées rendues délégataires de service public par une disposition législative ;

c) - les organismes privés subventionnés (actuel 3ème de l'article 1er du décret-loi de 1936). Plusieurs variantes ont été envisagées, pour aboutir aux conclusions suivantes :

- le critère des organismes "soumis au contrôle de la cour des Comptes" n'est pas le plus pertinent : à la fois trop large (ce contrôle existe dès qu'il y a une subvention, fût-elle minime) et trop compliqué (la Cour des comptes ne contrôle que l'activité subventionnée).

- le critère du "contrôle de l'Etat" est simple mais flou. Il faut un critère plus objectif.

- le critère des "organismes susceptibles d'accueillir des agents en détachement pour des missions d'intérêt général" (art. 44 du statut) est trop large et susceptible de variations selon les orientations successives de la politique du détachement.

Là encore, le critère posé par le décret-loi de 1936, au 3ème de son article 1er, s'il mérite d'être légèrement retouché, apparaît comme le meilleur. Seraient inclus dans la liste des organismes qui peuvent accueillir des agents du premier cercle pour y exercer une activité «publique» accessoire :

- ceux dont 50% des recettes de fonctionnement sont issues de subventions publiques (il faudrait cependant ajouter les mots "directement ou indirectement" pour inclure aussi les associations subventionnées à plus de 50% par une ou plusieurs autres associations subventionnées à plus de 50%). Il faudrait maintenir le critère du budget de fonctionnement, pour éviter les à-coups d'une année sur l'autre dus à des programmes d'investissements ponctuels. Cette précaution ne garantirait cependant pas contre l'effet de seuil dû à une limite objective. Pour tenir compte d'années exceptionnelles et éviter d'inclure dans le second cercle des organismes relevant par nature de l'activité privée, le Conseil d'Etat propose (plutôt que de retenir une moyenne sur plusieurs années qui risquerait d'introduire d'excessives complications) que n'y soient inclus que les organismes qui auraient dépassé pendant trois années consécutives le seuil de 50%.

Il faudrait inclure dans le calcul les subventions en nature (mise à disposition de locaux et de personnels, qui sont une forme de subvention plus discrète mais souvent plus efficace et plus massive).

Il faudrait enfin préciser à quel moment doit être apprécié le montant de la subvention. Il paraît évident qu'il faudrait retenir les "comptes du dernier exercice connu à la date de la déclaration d'activité".

Certes la définition de ce périmètre peut subir quelques biais : ainsi certains organismes reçoivent des subventions sous forme de conventions (de recherche par exemple) : des organismes privés ne vivant que de commandes publiques pourront ainsi sortir de la sphère publique. Mais serait-il de leur intérêt de se priver de la faculté de recourir à des prestations ponctuelles d'agents publics ?

Interdiction d'exercer une activité privée

L'état actuel du droit : le principe de l'interdiction

Le principe de l'interdiction d'exercer une activité privée à titre professionnel et lucratif, déjà posé par le décret-loi de 1936, est clairement repris par deux dispositions législatives actuellement en vigueur (article 25 de la loi du 13 juillet 1983 et article L. 324-1 du code du travail), dont nous avons vu que les rédactions doivent être harmonisées.

Pour les agents publics, l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant titre I du statut général de la fonction publique dispose : *«Les fonctionnaires consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité lucrative de quelque nature que ce soit»*.

Cette interdiction de principe s'applique aussi aux agents publics non-titulaires¹⁰, aux agents placés en situation de congé de maladie¹¹. Aucune différence n'est faite selon que l'agent occupe un emploi à temps complet ou à temps non complet. En revanche, le fonctionnaire suspendu, même s'il garde le bénéfice de son traitement pendant sa suspension, n'est pas soumis à cette interdiction et peut exercer une activité privée lucrative pendant cette période¹². Le décret du 17 février 1995 limite, pour des raisons déontologiques, les activités privées des fonctionnaires de l'Etat en disponibilité ou radiés des cadres.

Cette interdiction a été maintes fois appliquée par les juridictions pour interdire aux agents publics de détenir une qualité de commerçant ou d'exercer des fonctions ou activités de nature commerciale.

10- CE, 24 janvier 1986, *Hodebert*, n°45622.

11- CE, 8 octobre 1990, *Ville de Toulouse*, p. 270.

12- CE, Ass., 16 novembre 1956, *Renaudat*, p. 434.

Ainsi, en ce qui concerne la direction ou l'administration d'une société commerciale : il est interdit d'être administrateur d'une société anonyme¹³, les fonctions de membre du conseil de surveillance d'une S.A.R.L. sont autorisées seulement si aucun avantage matériel n'y est attaché¹⁴. De même, est interdite la présidence d'une association à but non lucratif qui a en réalité une activité commerciale¹⁵.

Les activités commerciales sont interdites : ainsi de l'abattage d'animaux¹⁶, de la participation à la gestion d'une entreprise privée¹⁷, de la gestion d'un hôtel¹⁸. Une activité déficitaire reste lucrative¹⁹.

D'autres interdictions sont issues de certaines dispositions particulières du décret-loi du 29 octobre 1936.

Ainsi des bénéfices commerciaux se rattachant à la fonction publique (article 4 : *«L'interdiction prévue à l'article 1er s'applique également à la réalisation de bénéfices provenant d'opérations présentant un caractère commercial et se rattachant à l'exercice d'une fonction publique, telles que la gestion d'internats, de domaines, d'ateliers et de laboratoires ou d'entreprises de*

13- CE, Avis, 9 février 1949, n°245963.

14- C E, Avis, 24 septembre 1952, n°257734.

15- CE, 4 mars 1994, *Coutellier*, n°122469.

16- CE, 18 octobre 1961, *Wackenheim*, p. 1075.

17- CE, Sect., 3 mai 1963, *Alaux*, p. 261.

18- CE, 20 janvier 1984, *Jean-Baptiste*, n°33411.

19- CE, 8 octobre 1990, *Ville de Toulouse*, p. 270.

transport») ou des travaux d'architecture et de topographie (article 5 : «Il est interdit aux ingénieurs des corps civils et militaires de l'Etat, ainsi qu'aux agents placés sous leurs ordres, de prêter leur concours à titre personnel à des collectivités ou établissements publics autres que l'Etat ou à des particuliers pour la préparation de projets et plans ou pour l'exécution de travaux d'architecture ou de topographie./ L'interdiction édictée par le paragraphe 1er du présent article s'étend au personnel technique des départements et des communes autres que le personnel d'architecture»).

Sont admises les activités privées nécessaires à la conservation du patrimoine de l'agent²⁰. Il n'est pas rare, semble-t-il, que cette interdiction faite aux agents publics d'exercer une activité privée soit méconnue. Pourtant le ministre a le devoir de faire cesser toute pratique illégale²¹ et de veiller à la bonne exécution du service dans l'emploi principal s'il estime que le cumul y nuit²².

Les dérogations actuellement autorisées

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 assortit l'interdiction de principe du cumul d'une activité privée lucrative de la possibilité de dérogations : «Les conditions dans lesquelles il peut être exceptionnellement dérogé à cette interdiction sont fixées par décret en Conseil d'Etat».

20- Réponses ministérielles à des questions écrites : 12 novembre 1953 et 21 janvier 1979, JOAN, p. 8685.

21- CE, 18 février 1983, *Fédération nationale des syndicats d'agents d'assurance*, p. 71 ; CE, 28 septembre 1988, *Ministre de l'éducation nationale c/Lemennicier*, p. 316.

22- CE, 17 juin 1985, *Henneguelle*, p. 661.

Ce décret en Conseil d'Etat n'étant jamais intervenu, l'article 2 du décret-loi du 29 octobre 1936 reste applicable²³. Ce maintien en vigueur n'interdit pas au gouvernement de prévoir d'autres dérogations qui trouvent leur base légale non dans le décret-loi de 1936 mais dans l'ordonnance du 4 février 1959 à laquelle a succédé la loi du 13 juillet 1983²⁴.

L'article 2 du décret-loi de 1936 pose trois séries de dérogations.

La production d'oeuvres scientifiques, littéraires ou artistiques

Cette dérogation, qui fait application des principes fondamentaux -consacrer son temps à ses fonctions et rester indépendant du secteur privé-, se comprend par elle-même : peut-on interdire à un agent public d'écrire un livre et de le vendre ? La jurisprudence a posé certaines limites.

Cette production doit rester autonome : l'agent doit être rémunéré à l'acte et ne pas bénéficier d'un véritable contrat de travail. «L'ensemble des dispositions sus-rappelées a eu pour objet d'éviter les situations dans lesquelles les agents de l'Etat se trouveraient durablement liés par des liens de subordination ou d'intérêt à des organismes privés»²⁵. On retrouve le même souci d'indépendance, même s'il est fondé sur le deuxième alinéa de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 et non sur les dispositions du décret-loi de 1936²⁶ : un fonctionnaire (en l'espèce, un contrôleur divisionnaire des fraudes) ne peut pas écrire ou éditer des ouvrages contenant de la publicité pour des entreprises qu'il est chargé de contrôler.

Le juge contrôle la réalité du caractère artistique de l'activité²⁷. La création scientifique, littéraire ou artistique doit manifester la personnalité de son auteur.

23- Cf. notamment pour la disposition analogue issue du premier alinéa de l'article 8 de l'ordonnance du 4 février 1959 : CE, 8 février 1967, *Sieur Plagnol*, p. 840

24- CE, 18 février 1966, *Fédération nationale des masseurs-kinésithérapeutes, rééducateurs et professions médicales auxiliaires indépendantes*, p. 124, jugeant légal le décret n°63-325 du 27 mars 1963.

25- CE, 28 septembre 1988, *Ministre de l'éducation nationale c/Lemennicier*, préc.

26- CE, 19 mars 1997, *Cannard* n°133338, note Jean-Pierre in DA 1997, n°383.

27- CE, 20 juin 1973, *Guillet*, p. 423 ; CE, 8 octobre 1990, *Ville de Toulouse*, p. 270.

Cette dérogation est parfois détournée. Certaines activités (cela semble être le cas des rédacteurs de catalogues de musées ou d'expositions, alors que cette mission fait partie de leurs fonctions, et devrait normalement être rémunérée sous forme des traitements versés au titre de leur activité principale), donnent lieu en fait à l'attribution de droits d'auteur.

La question des brevets d'invention est réglée par un texte spécial : le décret du 2 octobre 1996.

Les enseignements, consultations et expertises

Ces activités susceptibles d'être exercées à titre dérogatoire sont soumises à deux conditions :

- une autorisation du chef de service²⁸ ou la demande d'une autorité administrative ou judiciaire²⁹ ;
- elles ne doivent pas être exercées contre l'Etat ou la collectivité concernée (quatrième alinéa de l'article 3 du décret-loi de 1936).

Le champ de ces dispositions semble assez vaste : par exemple ont été regardées comme des «consultations sur la demande d'une autorité administrative» des tâches accomplies à la demande d'un maire par des agents communaux en sus de leurs heures de travail à la mairie dans un bureau d'informations juridiques et d'aide aux victimes d'infractions pénales³⁰.

Ces activités ne sont pas ouvertes aux agents à temps partiel.

Exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions

Cette dérogation n'est ouverte qu'aux membres du personnel enseignant, technique ou scientifique. Le juge contrôle si les activités libérales découlent ou non de la nature des fonctions d'enseignement : ainsi un professeur d'enseignement théorique de dessin industriel en bâtiment dans un collège ne peut pas tenir un cabinet d'études concernant le béton armé à l'usage des

28- CE, 11 mai 1960, *Sieur Marmet*, p. 320.

29- CE, 8 février 1967, *Plagnol*, p. 840.

30- CE, 30 novembre 1994, *Moukouri*, p. 1012.

architectes et entrepreneurs³¹, un professeur certifié de sciences et techniques économiques des collèges et lycées ne peut pas exercer la profession d'expert-comptable³², un professeur à l'école nationale des impôts ne peut pas donner de consultations³³. La profession de psychanalyste ne découle pas des fonctions d'instituteur, même si celui-ci était chargé de cours à l'institut régional de formation des maîtres pour l'enfance inadaptée pour y dispenser un enseignement sur la psychologie à l'école³⁴.

De l'examen des situations (peu nombreuses) soumises au juge, il en résulte que l'application de cette dérogation se trouve actuellement limitée à deux catégories :

· les professeurs d'enseignement supérieur :

31- CE, 23 juin 1982, *Sieur Mesnard*, p. 654.

32- CE, 3 décembre 1986, *Ministre de l'éducation nationale c/ Sieur Vinck*, p. 273.

33- CE, 8 février 1967, *Plagnol*, p. 843.

34- CE, 22 juillet 1992, *Sobol*, p. 1066.

Il résulte du quatrième alinéa de l'article 3 du décret-loi de 1936 que les professeurs d'université exerçant la profession d'avocat ne peuvent pas plaider contre l'Etat. Il a ainsi été jugé qu'un professeur de droit ne peut pas plaider en qualité d'avocat dans un litige opposant son client à l'administration des domaines³⁵, ni devant une juridiction pénale lorsqu'il s'agit de poursuites pour fraude fiscale, l'infraction portant directement atteinte au patrimoine et à l'autorité de la puissance publique³⁶.

La méconnaissance de cette interdiction fait encourir à son auteur des sanctions disciplinaires et pécuniaires (*cf. infra*) mais n'affecte pas la validité de l'action juridictionnelle engagée par lui au nom de son client³⁷.

· Les professeurs d'éducation physique³⁸ : ils peuvent donner des cours de natation, à condition que l'activité annexe ne devienne pas une entreprise commerciale. De plus, un texte particulier (décret du 27 mars 1963) a été pris pour autoriser une autre dérogation : les professeurs d'éducation physique peuvent être masseurs kinésithérapeutes (le Conseil d'Etat avait interprété le décret-loi de 1936 en sens inverse³⁹).

On note aussi que, dans l'esprit de la circulaire du 15 juin 1937⁴⁰ prise à la suite du décret-loi du 29 octobre 1936, l'administration a admis la pratique d'autres professions libérales qui a donné lieu à quelques applications, pour lesquelles il n'y a jamais eu de contentieux (musiciens, architectes).

35- CE, 9 novembre 1954, *Bertrand*, p. 583.

36- CE, 6 octobre 1976, *Badinter et Bredin*, p. 394 ; concl. Massot in *Gaz. Pal.* 1977.I.59.

37- CE, Sect., 6 novembre 1992, *Ministre du budget c/ SCI Les Hameaux de Perrin*, p. 395 ; chron. Maugué & Schwartz in *AJDA* 1992, p. 797.

38- CE, 8 novembre 1963, *Le Fay et Denis*, p. 540.

39- CE, 1er juillet 1960, *Ministre de l'éducation nationale*, p. 448.

40- JO du 19 juin 1937.

L'administration doit examiner chaque demande qui lui est présentée et ne peut pas édicter par circulaire une interdiction générale d'exercer une profession libérale⁴¹.

Cette dérogation est fermée aux agents à temps partiel (art. 39 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 ; art. 60 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 ; art. 46 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986).

Autres dérogations

D'autres dérogations existent : l'activité professionnelle non salariée agricole, par exemple. L'article 45 de la loi n°95-95 du 1er février 1995 de modernisation de l'agriculture autorise les personnes exerçant à titre principal une activité professionnelle non salariée agricole à occuper un emploi à temps non complet dans une collectivité locale. Même si cette disposition répond à un objectif très différent, celui de compléter le revenu de petits exploitants agricoles, c'est aussi une dérogation à l'interdiction de cumul d'une activité publique avec une activité privée.

Procédure requise pour bénéficier de la dérogation

41- CE, 7 avril 1993, *Berlin et autres*, p. 803.

L'article 3 du décret-loi de 1936 exige une autorisation du chef de service pour effectuer des expertises ou consultations⁴². Il semble parfois admis qu'elle soit verbale⁴³.

Propositions de modification de la réglementation

Pour l'essentiel, le Conseil d'Etat ne propose pas de transformer la réglementation du cumul d'une activité publique avec une activité privée. L'interdiction de principe devrait être maintenue et les dérogations prévues seulement aménagées pour remédier à quelques rigidités ou, au contraire, à certains abus. La procédure devrait être plus solennelle, en insistant sur l'exigence d'une autorisation écrite préalable.

Première dérogation (production d'oeuvres scientifiques, littéraires et artistiques)

42- CE, 8 février 1967, *Plagnol*, p. 840.

43- CE, 16 janvier 1964, *Ministre des affaires étrangères c/Ebrard*, D.1966-J-8, note P.H.

Le Conseil d'Etat propose une nouvelle définition des oeuvres scientifiques, littéraires et artistiques : le périmètre de cette mention serait plus clairement défini par une référence aux articles L.112-2 et L.112-3 du code de la propriété intellectuelle⁴⁴. Il faudrait aussi maintenir l'interdiction (posée à l'article 5 du décret-loi de 1936) faite aux ingénieurs de prêter leur concours à titre personnel à des particuliers pour la préparation de projets ou pour l'exécution de travaux d'architecture ou de topographie (qui sont des oeuvres de l'esprit au sens du L.112-2 du Code).

Deuxième dérogation (enseignements, consultations et expertises)

Au deuxième alinéa de l'article 3 du décret-loi de 1936 («*Les fonctionnaires, agents et ouvriers... peuvent... être appelés à donner des enseignements ressortissant à leur compétence*»), les mots «ressortissant à leur compétence» devraient être supprimés pour permettre à un agent d'enseigner ou de consulter dans une discipline qui ne relève pas de sa compétence professionnelle (par exemple, en l'état de la réglementation en vigueur, un agent très doué en musique ou en sport ne peut pas enseigner dans cette discipline en dehors de son temps de travail s'il n'est pas employé par l'administration comme professeur de musique ou de sport).

Troisième dérogation (professions libérales découlant de la nature des fonctions)

· De façon plus générale, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur l'intérêt de maintenir cette dérogation qui semble donner lieu à des abus, peu nombreux mais chacun de grande ampleur.

44- **Article L.112-2** : «Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code:

- 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;
- 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres oeuvres de même nature ;
- 3° Les oeuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;
- 4° Les oeuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en oeuvre est fixée par écrit ou autrement ;
- 5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ;
- 6° Les oeuvres cinématographiques et autres oeuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble oeuvres audiovisuelles ;
- 7° Les oeuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;
- 8° Les oeuvres graphiques et typographiques ;
- 9° Les oeuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;
- 10° Les oeuvres des arts appliqués ;
- 11° Les illustrations, les cartes géographiques ;
- 12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;
- 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;
- 14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les reproductions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement.»

Article L.112-3 : «Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des oeuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'oeuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'oeuvres ou de données diverses qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles».

Pour certains professeurs d'université semble-t-il, l'activité principale est devenue accessoire et vice-versa : ils exercent d'abord une activité libérale, sur laquelle ils prennent quelques heures pour donner leur enseignement de professeur d'université.

Le Conseil d'Etat ne souhaite pas couper les liens nécessaires entre l'université et le secteur économique privé. L'expérience acquise dans la profession libérale exercée à titre accessoire a souvent des effets bénéfiques sur la qualité de l'enseignement dispensé par ces professeurs devenus non seulement théoriciens mais aussi praticiens de la discipline qu'ils enseignent.

Pour limiter les abus constatés, dont souffrent en premier lieu les étudiants, le Conseil d'Etat a envisagé qu'à l'avenir les professeurs à temps plein soient interdits de cumul avec une profession libérale. Seuls les enseignants associés à mi-temps (astreints, en vertu du décret n°85-733 du 17 juillet 1985, à un service d'enseignement et de recherche d'une durée égale à la moitié de celle des enseignants titulaires de cette même catégorie) pourraient continuer à exercer une profession libérale en sus de leurs obligations de service. Ce régime d'incompatibilité entre professeur d'université à temps plein et profession libérale serait difficilement praticable puisqu'il obligerait les professeurs d'université à démissionner pour se porter candidats à un recrutement pour des fonctions de durée limitée. Peut-être des solutions intermédiaires sont-elles possibles, la disponibilité si le cumul est de courte durée, ou le détachement d'un professeur titulaire sur un emploi de professeur-associé, qu'il faudrait autoriser par une disposition spéciale.

Cette orientation repose sur la nécessité pour ces professeurs de faire un choix : soit il exercent à temps plein, et sont alors interdits d'activité libérale mais gardent la possibilité de donner des consultations ou expertises, soit ils privilégient la profession libérale et ne peuvent plus rester professeurs à temps plein.

Conscient des difficultés provoquées par ce bouleversement des habitudes dans certaines universités, le Conseil d'Etat propose que, dans un premier temps, les professeurs d'université qui souhaiteraient exercer une profession libérale en fassent la déclaration au président de l'université (lequel pourrait s'opposer à tout moment, dans l'intérêt de la bonne exécution du service, à la poursuite de cette activité privée), et qu'ils ne puissent recevoir de l'université aucune rémunération au titre des heures complémentaires. Il est en effet anormal que des professeurs qui ont choisi de consacrer une part significative de leur temps à l'exercice d'une profession libérale puissent être réputés accomplir des tâches supplémentaires au-delà de leurs obligations de service à l'université, au risque que ce cumul se fasse au détriment de la bonne exécution du service public.

Autres dérogations : Le Conseil d'Etat a examiné l'éventuel ajout d'autres dérogations

· Il a renoncé à l'ajout d'une dérogation au profit des fonctionnaires qui gèrent un patrimoine privé. Sur ce point, il lui semble inutile d'inscrire la jurisprudence dans le texte. De plus, les situations les plus brûlantes sont plutôt celles de l'exercice successif (et non pas simultané) de fonctions publiques et d'exploitation commerciale de découvertes faites dans l'exercice des fonctions (cas des chercheurs). Ces situations sont organisées par des lois spéciales.

· La question de la participation des agents publics à l'activité de sociétés commerciales est plus délicate.

Un fonctionnaire peut légalement représenter l'Etat dans une société dont celui-ci est directement ou indirectement actionnaire (voir en particulier art. 51 de la loi 96-314 du 12 avril 1996 portant DDOS).

La réglementation devrait également autoriser la participation de fonctionnaires aux conseils d'administration des sociétés anonymes filiales d'établissements publics, mais dont l'Etat n'est pas actionnaire, dès lors qu'ils ne perçoivent aucune rémunération à ce titre. Le Conseil d'Etat propose que cette participation sur désignation d'une autorité publique (comme représentant de l'administration ou comme personnalité qualifiée) soit soumise à autorisation de l'autorité dont relève l'agent. Les conditions dans lesquelles des fonctionnaires pourraient siéger dans les conseils de sociétés qui ne seraient pas filiales de personnes publiques sont actuellement étudiées au ministère de l'éducation nationale.

Une autre difficulté tient à ce que certaines professions libérales sont exercées sous la forme de sociétés. Faut-il faire prévaloir l'interdiction d'exercer une activité privée lucrative ou la dérogation consentie aux professions libérales ? Il semble que l'agent public qui créerait une société pour exercer une profession libérale montrerait ainsi que son activité principale est celle de la société. Sans aller jusqu'à exiger une autorisation du chef de service pour pouvoir exercer une profession libérale dans le cadre d'une société, il semble au Conseil d'Etat que, d'une part l'exercice de cette profession libérale devrait désormais être soumis à déclaration de l'agent qui désire l'entreprendre, et d'autre part que le contrôle du chef de service sur le bon accomplissement du service public devrait être beaucoup plus strict. Le cumul continu et durable de ces deux activités devrait déboucher sur un choix qui mette un terme au cumul.

· Le Conseil d'Etat suggère enfin d'écrire expressément que les agents publics peuvent effectuer des missions auprès d'organisations internationales intergouvernementales ou d'Etats étrangers. Il aurait été concevable de regarder ces activités accessoires comme publiques, mais les ranger dans la catégorie des activités privées apparaît à la réflexion plus exact et plus opportun :

- ces organismes de droit étranger ont toujours été considérés en droit interne comme de nature privée et aucune raison ne commande d'en faire autrement pour la réglementation des cumuls ;

- l'inclusion dans la catégorie des activités publiques accessoires conduirait automatiquement à soumettre les rémunérations perçues au plafond de rémunérations publiques. Or les rémunérations versées y sont souvent élevées. Pourtant la France ne doit pas se priver d'y envoyer, même pour des missions ponctuelles (pour des missions plus longues, la voie du détachement est généralement retenue), ses agents publics dotés de compétences reconnues. L'enjeu -celui du rayonnement politique, économique ou culturel de la France et de son mode d'organisation administrative- est souvent négligé et il ne faudrait pas y ajouter un obstacle supplémentaire.

Instituer une procédure plus stricte

Le Conseil d'Etat considère que la simple autorisation verbale ne devrait pas suffire : elle permet aux agents d'entretenir l'incertitude sur une autorisation qui pourrait avoir été accordée par un

prédécesseur de leur supérieur hiérarchique, et aux administrations de fermer les yeux sur les abus sans avoir à prendre de décision responsable. Seule une autorisation écrite permet d'avoir une réelle connaissance de l'activité autorisée, d'en exercer le suivi par l'employeur public, de définir précisément sa nature et sa durée, et de permettre sa remise en cause par l'employeur public lorsque celui-ci estime que l'intérêt du service exige d'y mettre fin.

Cette exigence d'une autorisation écrite préalable devrait désormais figurer dans la réglementation. Elle serait nécessaire pour toutes les activités privées, à l'exception :

- des activités scientifiques, littéraires et artistiques, pour lesquelles le régime de la liberté continuera à prévaloir ;
- de l'exercice d'une profession libérale, pour laquelle un simple régime de déclaration, calqué sur celui applicable au cumul d'activités publiques, serait institué (cf. infra).

Régime du cumul d'emplois et d'activités publics

La notion de «cumul d'emplois publics»

L'état actuel du droit : l'interdiction de cumuler des emplois publics

Le principe est posé à l'article 7 du décret-loi de 1936 : il est interdit à un même agent d'exercer simultanément plusieurs emplois publics («*Nul ne peut exercer simultanément plusieurs emplois rémunérés sur les budgets des collectivités visées par l'article 1er*»). Cette interdiction vaut même si ces emplois sont rémunérés sur les budgets de deux collectivités différentes⁴⁵.

· Qu'est-ce qu'un emploi au sens de ces dispositions ?

L'article 7 du décret-loi de 1936 retient deux critères cumulatifs, même si la jurisprudence a pu paraître hésitante sur ce caractère cumulatif.

Est un emploi celui qui occupe «normalement» un agent. Cette définition a donné lieu à quelques interprétations jurisprudentielles : n'occupe un tel emploi ni celui qui exerce les fonctions de secrétaire de mairie de moins de 2000 habitants où il ne travaille qu'une dizaine d'heures par semaine⁴⁶, ni celui qui est conseiller prud'homme⁴⁷, ni l'attaché à mi-temps dans un bureau d'aide sociale et qui perçoit un traitement égal à 50% de celui du début des attachés communaux de 2ème classe⁴⁸, ni le secrétaire de mairie exerçant 22 heures par semaine⁴⁹.

En revanche, celui qui exerce à temps incomplet pour une rémunération égale à huit dixièmes de celle d'un commis, exerce un emploi au sens de l'article 7⁵⁰.

45- CE, Sect., 14 mars 1958, *Hary*, p. 169.

46- CE, 7 juin 1985, *Henneguelle*, p. 661.

47- CE, 26 mars 1982, *Recht*, n°19995.

48- CE, 17 janvier 1986, *Bureau d'aide sociale de Billère*, p. 8.

49- CE, 20 mai 1994, *Meurier*, p. 101022.

50- CE, 1er juillet 1988, *Commune de Montsinery-Tonnegrande c/ Mlle Madère*, p. 868.

Cette notion d'activité «normale» renvoie automatiquement aux obligations de service. On pense ici à l'enseignement supérieur : Qu'est-ce qu'une activité «normale» au-delà de laquelle tout cumul d'emplois publics est soumis au régime du cumul ?

- Est un emploi celui dont la rémunération constitue un «traitement normal»⁵¹.

Une rémunération peu importante conduit à dénier la qualité d'«emploi public» au sens de ces dispositions⁵².

· Cette interdiction de cumuler des emplois publics est assortie de **dérogations**. Ce cumul d'emplois publics est autorisé «à titre exceptionnel» et des conditions y sont posées (4ème et 5ème alinéas de l'article 7 du décret du 29 octobre 1936) :

- une autorisation est nécessaire ;
- le cumul ne doit pas porter sur plus de deux emplois ;
- il doit avoir une durée limitée ;
- il ne doit pas porter préjudice à l'activité principale.

Des textes spéciaux autorisent d'autres modalités de cumul d'emplois publics : ainsi des assistantes maternelles (article 20 du décret du 14 octobre 1994), du «voyeur» d'une collectivité (3ème alinéa de l'article 7 du décret-loi de 1936).

Le «cumul d'emplois publics» : une notion inadaptée à supprimer

Pour trois raisons au moins, cette notion de cumul d'emplois publics est inadaptée.

· La notion d'«emploi public» est vague. Une des rares certitudes est qu'il ne s'agit pas d'emploi budgétaire. Mais aucun seuil objectif n'existe pour déterminer si l'activité ou la rémunération sont «normales» et les administrations chargées de faire application de cette notion y apportent des réponses différentes et variables.

· L'idée de cumuler plusieurs emplois publics est choquante. Comment serait-il possible d'exercer simultanément plusieurs emplois ? Cela signifierait donc que l'un au moins desdits emplois n'est pas exercé de façon satisfaisante. Cette exception est d'autant plus difficile à expliquer dans une période où les chômeurs sont nombreux. Compte tenu de la définition donnée par le décret-loi de 1936 de l'emploi public -celui qui occupe et rémunère normalement un agent, c'est-à-dire est un emploi à temps complet ou presque complet, il est anormal de considérer que le cumul de deux emplois publics est possible. Il devrait être matériellement impossible d'exercer correctement les fonctions correspondant à ces deux emplois.

· Cette réglementation, et la jurisprudence qui en fait application, ne sont pas du tout adaptées aux emplois permanents à temps non complet. Certains agents sont par exemple particulièrement difficiles à qualifier au regard de cette définition. Qu'en est-il par exemple de l'agent qui exerce

51- CE, 21 juillet 1972, *Ministre des affaires culturelles*, p. 559 ; CE, 7 juin 1985, *Henneguelle*, p. 661.

52- CE, 20 juin 1973, *Guillet*, p. 423.

trois tiers temps dans trois communes différentes ? Cumule-t-il des emplois ou de simples «activités publiques» ? Ces emplois sont nombreux dans les fonctions publiques territoriale et hospitalière.

Sur le fondement des articles 104 et 106 de la loi du 26 janvier 1984, est intervenu le décret n°91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet. Ses articles 8 et 9 restreignent la possibilité de cumul d'emplois, qui n'est possible que «si la durée totale du service qui en résulte n'excède pas de plus de 15% celle afférente à un emploi à temps complet», ce que les collectivités locales traduisent par $39 \times 1,15 = 44,85$ heures, arrondi à 44 heures⁵³. Ces dispositions particulières prévalent donc sur les règles générales posées par le décret de 1936. Est illégale la décision de recruter un agent pour occuper un emploi à temps non complet, qui a pour effet de porter la durée hebdomadaire de travail de cet agent au-delà de 115% de la durée de travail d'un emploi à temps complet⁵⁴.

L'article 9 du même décret du 20 mars 1991 interdit à un fonctionnaire à temps complet d'occuper un emploi à temps non complet de la même collectivité, d'un établissement relevant de la même collectivité ou du même établissement.

Un fonctionnaire à temps complet ne peut donc occuper un emploi à temps non complet que dans une autre collectivité, dans la limite de 44 heures hebdomadaires au total. Ainsi un fonctionnaire occupant un emploi à temps complet de secrétaire de district ne peut pas occuper en outre l'emploi à temps non complet de secrétaire de mairie pour une durée hebdomadaire de 18 heures⁵⁵.

La possibilité d'autoriser des «cumuls d'emplois publics» devrait disparaître de notre réglementation. La notion de cumul d'emplois pourra alors aussi disparaître au profit d'un autre raisonnement : l'agent public occupe un emploi et toutes ses autres activités sont accessoires : ce qui était le cumul d'emplois publics est un cas particulier du cumul d'activités publiques et doit obéir aux règles régissant ce cumul d'activités.

Cumul d'activités publiques : conditions et procédure

Qu'est-ce qu'une activité publique ?

Sous l'empire de la réglementation actuelle, sont de simples «activités publiques» celles qui ne constituent pas un emploi au sens des critères qui précèdent. Si la proposition du Conseil d'Etat est suivie, toute activité publique exercée en sus de l'activité principale serait une «activité publique», soumise à la même réglementation.

53- Rép. min. n°12684, JO AN, 16 mai 1994, p. 2464.

54- CE, 29 juillet 1994, *Commune de Soize et de Le Thuel*, n°142967.

55- C.A.A Paris, 6 février 1996, *Préfet de Seine-et-Marne*.

Un régime juridique incertain

Actuellement, ce cumul n'est pas soumis à des conditions clairement énoncées⁵⁶, et les incertitudes de rédaction de l'article 3 du décret-loi de 1936, notamment du fait de la suppression par le décret du 11 juillet 1955 de l'intertitre placé avant l'article 7, profitent souvent aux agents tentés par le cumul.

En 1936, il était clair que l'article 3 ne concernait pas le cumul d'activités publiques, mais le seul cumul d'une activité publique et d'une activité privée. La suppression des titres et de leurs intitulés par le décret du 11 juillet 1955 a pu introduire des doutes sur l'interprétation à donner de la combinaison des articles 3 et 7 du décret. Cette question est importante sur deux points au moins : celui de l'autorisation à obtenir du chef de service (est-elle requise pour les activités publiques accessoires ?) Et celui de la nature des fonctions publiques accessoires exercées (sont-elles limitées aux expertises, consultations et enseignements ?) En pratique, cette interprétation stricte n'est pas retenue, et des fonctionnaires participent très souvent à des jurys de concours, qui ne sont pas des expertises, consultations ou enseignements au sens strict de ces termes (sinon toute activité d'ordre intellectuel rentrerait dans cette trilogie).

La question de savoir si une autorisation de son employeur principal est nécessaire pour exercer une autre activité publique a reçu des réponses différentes de la part du Conseil d'Etat :

- la décision du 7 juin 1985, *Henneguelle*, préc, semblait admettre qu'une activité publique pouvait être exercée sans autorisation expresse de l'employeur principal ;

- la décision du 26 juillet 1996, *Rouhette*, p. 987, exige cette autorisation pour un professeur d'université désirant enseigner dans une autre université que la sienne. Cette solution est fondée non sur le décret-loi de 1936 mais sur l'obligation de se consacrer la totalité du service à ses fonctions, issue de l'article 9 du décret du 6 juin 1984, qui reprend pour les enseignants-chercheurs la disposition de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983. Le chef de l'établissement d'accueil refuse alors légalement de verser à cet enseignant la rémunération des enseignements qu'il a assurés sans l'autorisation de l'établissement dont il relève.

Sur bien d'autres points, l'incertitude demeure.

Une autorisation est-elle nécessaire si l'activité est exercée à la demande d'une administration ? La stricte lettre du texte de l'article 3 ne l'exige pas ;

- ce cumul d'activités est-il limité aux seuls «enseignements, consultations et expertises» mentionnés au deuxième alinéa de cet article 3 ?

Mais il est acquis que l'employeur principal peut toujours exiger qu'il soit mis fin au cumul si l'activité accessoire nuit à l'accomplissement du service.

56- CE, 7 juin 1985, *Henneguelle*, p. 661.

Il semble que dans beaucoup d'administrations, le chef de service n'ait pas une connaissance exhaustive des activités publiques accessoires exercées par les agents placés sous son autorité. Cette lacune est due tant au défaut de toute déclaration ou demande d'autorisation qu'à la méconnaissance par les administrations d'accueil de l'obligation de transmettre à l'ordonnateur principal le montant des rémunérations versées à titre accessoire. Des inégalités sont ainsi créées, les agents les moins consciencieux profitant des failles de l'administration pour négliger leur mission principale et compléter leur rémunération.

Clarté et simplicité, conditions nécessaires à une bonne application de la nouvelle réglementation

Le Conseil d'Etat demande que la réglementation soit simple, tant en ce qui concerne les conditions de fond que la procédure à suivre pour exercer légalement une activité publique accessoire.

a) Il faudrait donc que toute activité publique exercée en sus de l'activité principale fasse l'objet d'une déclaration écrite préalable de l'agent, précisant le contenu de l'activité ou de la mission, et sa durée. Même les activités exercées à la demande d'une autre autorité administrative doivent être soumises à ce régime de déclaration, seul à même de permettre au chef de service de connaître la réalité de l'activité de son personnel et de s'opposer, pour des motifs tirés de l'intérêt du service, à ce qu'un agent n'exerce d'activité, même accessoire, hors de son administration principale ;

b) Comme pour les infractions à la réglementation sur l'interdiction d'exercer une activité privée, il faut rappeler l'existence et rendre plus fréquente la pratique de deux types de pénalités :

- des sanctions disciplinaires ;

- des retenues pécuniaires, qui, pour être dissuasives, ne devraient pas concerner la seule part des rémunérations accessoires qui excède le plafond de cumul de rémunérations publiques, ainsi que le prévoit actuellement l'article 15 du décret-loi de 1936. L'agent devrait être tenu de reverser à son administration principale (à qui nuit l'exercice excessif d'activités accessoires) la totalité des rémunérations perçues à titre accessoire sans que cette activité ait fait l'objet de la déclaration préalable requise.

Le Conseil d'Etat s'est en outre interrogé sur une apparente distorsion de concurrence dont bénéficient les agents publics et les personnes publiques qui les emploient à titre accessoire. L'article D.171-11 du code de la sécurité sociale dispose en effet : *«Les dispositions des articles D.171-3 à D.171-10 ne sont pas applicables aux fonctionnaires titulaires et stagiaires de l'Etat et aux agents permanents des collectivités locales ne relevant pas, au titre de leur activité principale, des dispositions du livre IV du présent code, lorsqu'ils exercent une activité accessoire au service de l'Etat, d'un département, d'une commune ou d'un établissement public. Dans ce cas, aucune cotisation n'est due au titre de l'activité accessoire par l'administration, la collectivité ou l'établissement employeur, ni par l'intéressé. Ce dernier n'a droit qu'aux prestations prévues par le régime dont il relève du fait de son activité principale. Les accidents survenus dans l'activité accessoire sont réparés comme s'ils étaient survenus dans l'activité principale».*

On comprend facilement l'avantage que peuvent trouver les personnes publiques à employer des fonctionnaires au titre d'une activité accessoire plutôt qu'un agent de droit privé : cette exonération de cotisations sociales est-elle une incitation au cumul d'activités publiques ? Peut-on dire qu'il existerait, à supposer les compétences égales, une distorsion de concurrence sur le marché de l'emploi au profit des agents publics et au détriment des employés du secteur privé ?

Le Conseil d'Etat suggère de laisser ces dispositions en l'état. Il serait illusoire d'imaginer que toute mission actuellement remplie par un agent public au titre d'une activité accessoire puisse être confiée à une personne au chômage. Une approche purement quantitative serait fautive. Il faut concilier plusieurs préoccupations différentes : l'emploi, le coût budgétaire, la souplesse et l'efficacité. Les emplois qui pourraient être gagnés en relevant les cotisations sociales applicables aux activités accessoires des agents publics seraient détruits par le surcroît de rigidité dont souffrirait l'ensemble des entités concernées. Pour une mission ponctuelle, il est souvent nécessaire de recourir à un agent public sans justifier la création d'un emploi destiné à une personne extérieure à la sphère publique. De plus l'efficacité commande souvent, on l'a dit, de faire appel aux compétences internes à l'administration. Par exemple, dans de nombreuses écoles administratives, il n'existe pas de personnel enseignant permanent. Renchérir le coût des heures d'enseignement effectuées par des agents publics conduirait, soit à augmenter le budget de ces organismes, soit à diminuer le nombre de cours et la qualité de la formation, soit à recruter des personnels permanents, au détriment de la souplesse et de l'adaptation permanente des enseignements aux réalités administratives.

La question perdra d'ailleurs de son acuité avec le transfert de la cotisation maladie sur la CSG (la part patronale affectée à l'assurance maladie subsiste).

Limites posées au cumul de rémunérations

La réglementation actuelle sur le plafonnement des rémunérations publiques

L'article 9 du décret-loi de 1936 (modifié en 1955) fixe le plafond de rémunérations publiques au montant du traitement principal, majoré de 100%, dans les termes suivants : «*La rémunération effectivement perçue par un fonctionnaire, agent ou ouvrier des collectivités ou services susvisés à l'article 1er ne pourra dépasser, à titre de cumul de rémunérations, le montant du traitement principal perçu par l'intéressé majoré de 100 pour 100, ce traitement étant constitué par la rémunération la plus élevée soumise à retenues pour pensions (...). N'entrent pas en compte pour le calcul des émoluments éventuellement réductibles par application des règles de cumul :*

1ème l'indemnité de résidence, la prime hiérarchique, les prestations à caractère familial, l'indemnité de difficultés administratives d'Alsace et de Lorraine, les majorations pour services outre-mer ou pour séjour à l'étranger. Ces prestations ne peuvent être perçues qu'au titre d'un seul emploi ;

2ème Les indemnités pour risques corporels et les indemnités représentatives de frais, en tant qu'elles correspondent à des dépenses réelles.»

Pour faire respecter ce plafonnement, l'ordonnateur du traitement principal doit tenir un compte de cumul, où sont centralisées toutes les rémunérations publiques perçues par l'agent. L'éventuel dépassement est apprécié par année civile. A la fin de chaque année est établi un relevé annuel qui vaut titre de perception si le plafond est dépassé (articles 12 et 15 du décret-loi de 1936).

Répartition des rémunérations publiques en trois ensembles

Les rémunérations publiques perçues par l'agent sont donc réparties en trois ensembles. Certaines d'entre elles *n'entrent pas en compte pour le calcul du plafond* (l'article 3 du décret du 11 avril 1958 indique qu'elles «font l'objet d'un état distinct au compte de cumul»). La liste en est donnée par l'article 9 du décret-loi de 1936 : l'indemnité de résidence, la prime hiérarchique, les prestations à caractère familial, l'indemnité de difficultés administratives d'Alsace et de Lorraine, les majorations pour services outre-mer ou pour séjour à l'étranger, les indemnités pour risques corporels et les indemnités représentatives de frais en tant qu'elles correspondent à des dépenses réelles (*cf. supra*).

Les autres rémunérations publiques peuvent être regroupées en deux ensembles :

- le premier est le **traitement principal**. Mais, alors que l'article 9 du décret-loi mentionne le «traitement soumis à retenues pour pensions», c'est-à-dire avant retenues et cotisations sociales, le Conseil d'Etat a jugé, reprenant la solution retenue par l'article 3 du décret du 11 avril 1958 fixant les conditions d'application de l'article 12 du décret-loi du 29 octobre 1936⁵⁷, qu'il s'agit du traitement net de cotisations sociales, ce qui abaisse sensiblement le plafond.

- le second est celui de **toutes les autres rémunérations publiques** (même si le fonctionnaire a bénéficié d'une autorisation expresse)⁵⁸. Si le Conseil d'Etat statuant au contentieux ne s'est jamais prononcé sur la question, la Cour des comptes et la direction du budget interprètent le décret-loi de 1936 comme **incluant les primes afférentes à l'emploi principal dans ce second ensemble**.

Le second ensemble ne doit pas être supérieur au premier.

On remarquera aussi que l'agent qui n'exerce qu'une seule activité ne se trouve, par définition, pas en situation de cumul d'activités et n'est donc pas soumis au plafonnement des rémunérations publiques⁵⁹.

Les conséquences du dépassement du plafond de rémunérations publiques

Les conséquences du dépassement du plafond de 100% sont :

- disciplinaires ;

- pécuniaires : le montant perçu au-delà du plafond doit être reversé à l'ordonnateur du traitement principal (article 12 du décret-loi de 1936 : «*Toutes rémunérations mises en paiement à quelque titre que ce soit par les collectivités, services ou organismes visés à l'article 1er devront être notifiés à l'ordonnateur principal qui sera chargé de les centraliser et d'en établir chaque année un relevé certifié exact et complet par l'intéressé. Ce relevé vaudra titre de perception pour le reversement à la collectivité servant le traitement principal des sommes perçues en dépassement de la limite de cumul ; il sera en ce cas établi en la forme exécutoire*»).

Une réglementation compliquée, difficile à expliquer et mal appliquée

57- CE, 25 juillet 1986, *Courbis*, p. 592.

58- CE, 25 janvier 1989, *Ministre de l'éducation nationale c/ Calamarte*, p. 32.

59- CE, Sect., 21 juin 1957, *Oulès*, p. 416 ; CE, 20 janvier 1967, *Dame Clastrier*, p. 939 ; CE, 12 juin 1998, *Ducrocq*, n°181959, à mentionner aux tables du Recueil.

L'affectation des rémunérations publiques entre ces différents ensembles a donné lieu à trop peu de décisions juridictionnelles pour que les contours de la réglementation aient pu être suffisamment précisés. Et il faut admettre aujourd'hui qu'en ce qui concerne le plafonnement des rémunérations publiques, le décret-loi du 29 octobre 1936 est incomplet, dépassé, ambigu et mal appliqué.

Lacunes du texte de 1936

Le calcul du plafonnement à partir du seul montant des rémunérations peut se révéler incomplet ou inéquitable. Le décret-loi de 1936 ne traite pas de divers modes de rémunérations complémentaires ou indirectes. Ainsi en va-t-il :

- des avantages en nature reçus de leur administration par certains agents : logements de fonction, voitures... qui peuvent pourtant représenter des montants élevés. Nul doute que leur inclusion dans la rémunération de certains agents modifierait leur situation face au plafonnement des rémunérations publiques ;

- des indemnités des élus locaux. Versées par des personnes publiques, mais soumises à un régime fiscal dérogatoire, ce sont des indemnités censées couvrir des frais supportés à raison des fonctions électives exercées. Faut-il les faire entrer dans cette catégorie des «indemnités représentatives de frais», dont l'article 9 du décret-loi de 1936 dispose qu'elles n'entrent pas en compte pour le calcul du cumul de rémunérations ? Cette solution semblerait équitable, au moins pour la plupart de ces indemnités, d'un montant modeste. C'est pourquoi le Conseil d'Etat propose que soit exclue expressément de tout plafonnement la partie non fiscalisée de ces indemnités d'élus, qui est considérée comme représentative de frais (5981 francs mensuels depuis le 1er novembre 1998) ;

- des dons ou cadeaux, offerts aux agents par les administrés, qui n'ont pas à être reversés à l'administration⁶⁰. Ils n'entrent donc pas en compte dans le calcul du cumul. On peut admettre toutefois que cette exclusion est sans importance réelle dès lors qu'il est très rare que des agents publics perçoivent des cadeaux d'une valeur importante, et lorsque le fait se produit, il est probablement constitutif d'une infraction pénalement réprimée.

Vieillessement du texte

Les différents éléments de la rémunération des agents publics et les modes de prélèvements sociaux et fiscaux ont beaucoup évolué depuis 1936, tant dans leur principe que dans leurs intitulés. Le décret-loi de 1936 apparaît à certains égards dépassé.

Ce vieillissement est particulièrement sensible en ce qui concerne le classement des éléments de rémunérations entre les trois catégories rappelées ci-dessus, classement qui détermine ensuite le calcul du plafond. S'agissant des indemnités qui n'entrent pas en compte pour le calcul du

60- CE, 13 octobre 1978, *Edaidj*, p. 371.

plafond, certains des termes employés ne correspondent plus aux intitulés actuels des rémunérations annexes versées aux agents publics :

- qu'est-ce par exemple que la «prime hiérarchique» ? Créée à titre provisoire par le décret n°54-1085 du 8 novembre 1954 (450 francs annuels par point d'indice dépassant 450), abrogée par le décret n°57-177 du 18 février 1957 et annulée par le Conseil d'Etat⁶¹. Cette mention peut-elle aujourd'hui être interprétée comme s'appliquant aux primes afférentes à l'activité principale ou à une partie d'entre elles ? La question est d'autant plus importante que la part des primes dans les rémunérations publiques a sensiblement augmenté ces dernières décennies. Alors que le montant des primes versées par l'Etat représentait environ 10% des rémunérations publiques en 1975, cette proportion est passée à 20% en 1995 ;

- parmi les rémunérations qui n'entrent pas en compte, s'agit-il seulement de celles versées au titre de l'emploi principal ou également de celles versées au titre des autres activités ?

Ambiguïtés

Même les notions dont le contenu semble ne pas avoir été sensiblement modifié depuis 1936 sont difficiles à appliquer, en raison d'ambiguïtés ou d'imprécisions qui conduisent facilement à des interprétations différentes d'une administration à l'autre.

Il en est ainsi du traitement principal, dont on peut se demander s'il s'agit de son montant brut ou net. En outre, la question de la déduction éventuelle des cotisations instituées ces dernières années (contribution de solidarité, cotisation sociale généralisée, remboursement de la dette sociale) ne semble pas appliquée de manière uniforme par les employeurs publics.

En ce qui concerne les autres rémunérations publiques, il n'est pas aisé de savoir si elles doivent être comptabilisées en termes bruts ou nets ? Quel sort réserver aux impôts prélevés à la source (CSG non déductible, notamment) ?

Un affichage maladroit

Le système actuel peut donner aux personnes mal informées l'impression que les fonctionnaires peuvent, grâce à des activités publiques accessoires, doubler leur rémunération, ce qui constitue un affichage à la fois inexact et provocant.

En 1936, le plafond avait été fixé à la rémunération principale, augmentée de 30%. Mais une dérive a progressivement été observée, avec les variations de la part des primes dans la rémunération des fonctionnaires. En 1955, le calcul du plafond a été modifié, pour devenir ce qu'il est encore actuellement : le total des rémunérations publiques ne peut pas dépasser le traitement (laissons ici de côté la question de savoir s'il doit être brut ou net) augmenté de 100%. Si l'affichage n'a pas été modifié depuis 1955, l'augmentation continue de la part des primes dans

61- CE, 16 novembre 1960 *Fédération générale des fonctionnaires CGT-FO*, p. 629.

le total de la rémunération des fonctionnaires se traduit par une diminution relative du plafond de rémunérations publiques.

L'effet inverse, au cours de la même période, dû à l'intégration presque achevée de l'indemnité de résidence dans le traitement principal, n'a pas compensé l'effet principal dû à l'augmentation des primes. Le ministère du budget indique que de 1975 à 1995, le taux de prime moyen des fonctionnaires civils de l'Etat est passé de 10% à 20% (cette moyenne cache évidemment de grandes disparités selon les corps, de 4% pour les ouvriers non qualifiés à 51% pour les ingénieurs des corps techniques). Les agents de certains corps, dont le traitement indiciaire a, pour diverses raisons, été maintenu assez bas, ont compensé en partie cette stagnation par un taux de primes élevé, qui peut approcher 100% du traitement principal.

Si on considère, ce qui est l'interprétation la plus fréquemment admise, que les primes afférentes à l'activité principale entrent dans le calcul du deuxième sous-ensemble, le fonctionnaire dont le taux de primes approche 100% du traitement principal ne bénéficie que de facultés de cumul très réduites. En revanche, les contractuels, dont la rémunération ne distingue le plus souvent pas un traitement et des primes, sont avantagés : leurs facultés de cumul en sont sensiblement accrues et on peut parler là de doublement du traitement.

Cette évolution illustre bien l'archaïsme du mode actuel de calcul du plafond, et la réduction des possibilités de cumul qui résulte de l'augmentation relative de la part des primes dans la rémunération des agents publics.

Une réglementation mal ou peu appliquée

Ces lacunes, vieillissements ou ambiguïtés conduisent parfois à des applications erronées de la réglementation, souvent à la volonté manifeste de la contourner ou de l'ignorer.

1ème) On a vu que l'agent qui n'exerce qu'une seule activité ne se trouve pas en situation de cumul d'activités et n'est donc pas soumis au plafonnement des rémunérations publiques⁶².

Cette exclusion, qui résulte d'une exacte interprétation du décret-loi de 1936 (il n'y a cumul de rémunérations que s'il y a cumul d'activités peut inciter certaines administrations à pratiquer des biais pour éviter à leurs agents l'effet de seuil résultant du plafonnement du cumul de rémunérations. Trois méthodes peuvent être employées pour contourner la loi :

- organiser un système de mutualisation occulte et de pur fait des rémunérations afférentes aux activités extérieures. Ainsi l'agent percevra une prime versée par son administration, et bénéficiera d'une fiction d'activité unique alors que cette rémunération complémentaire n'existe que grâce aux activités accessoires réalisées par l'ensemble des agents de son service, dont lui-même ;

- développer une multitude d'activités complémentaires rémunérées à l'intérieur du service. Un ministère pourrait être tenté de créer son propre service de formation pour rémunérer ses

62- CE, Sect., 21 juin 1957, *Oulès*, p. 416 ; CE, 20 janvier 1967, *Dame Clastrier*, p. 939 ; CE, 12 juin 1998, *Ducrocq*, n°181959.

intervenants sans qu'on y voie d'activité extérieure, faisant échapper l'agent au plafonnement des rémunérations publiques puisque, là aussi, serait maintenue une fiction d'activité unique ;

- élargir la définition des missions confiées à l'agent dans son activité principale. Mais si cette solution permet à l'agent de cumuler -sans plafond dès lors que toutes les activités accessoires font désormais partie de l'activité principale- des rémunérations supplémentaires perçues au titre de ce qui est devenu -artificiellement- son activité principale, elle rend ces rémunérations moins légitimes⁶³. Elle prive aussi l'administration de moyens de contrôle des activités de l'agent, puisque ces activités annexes font désormais partie de ses missions : comment s'assurer qu'il se consacrera principalement au noyau dur de ses missions ?

2ème) Il semble que les sanctions ou reversements prévus en cas de dépassement soient très rarement appliqués.

· D'abord parce que l'administration où l'agent exerce à titre principal n'a qu'une connaissance lacunaire des rémunérations accessoires perçues par ses agents. Dans beaucoup d'organismes, les comptes de cumul ne sont pas tenus. Parfois ils le sont mais l'ignorance des situations réelles les rend inutiles et dérisoires. Il sont rarement présentés aux agents pour certification.

Il faut maintenir cette obligation de centralisation, au siège de l'administration qui emploie l'agent à titre principal. On pourrait se demander si l'obligation de la renseigner devrait continuer à incomber aux administrations qui emploient cet agent à titre secondaire. Il aurait été envisageable de faire peser cette obligation sur l'agent lui-même, qui connaît ces éléments pour les rassembler pour rédiger, chaque mois de février, sa déclaration annuelle de revenus. C'est d'ailleurs ainsi que semble pratiquer l'administration des Ponts-et-Chaussées à l'égard de ses agents. Mais il semble finalement meilleur de continuer à faire supporter ces formalités par les administrations elles-mêmes, qui sauront, mieux que la multitude d'agents concernés, appliquer de manière uniforme la réglementation, et transmettre des données homogènes et exactes⁶⁴.

· Ensuite, parce que certaines administrations, même lorsqu'elles ont connaissance d'un dépassement du plafond, ne procèdent à aucune demande de reversement. Prenons le cas (rare) d'un agent dont les primes, très élevées, sont supérieures au traitement. S'il n'exerce aucune activité accessoire, il n'est pas soumis au plafonnement des rémunérations et conserve légalement l'intégralité de sa rémunération publique. Mais s'il exerce une activité accessoire, ne serait-ce qu'une heure d'enseignement, il cumule alors plusieurs activités publiques et est soumis au plafond de rémunérations : il devrait être procédé à un reversement non seulement de la rémunération afférente à cet enseignement mais aussi de la fraction des primes afférentes à la rémunération principale qui dépasse 100% du traitement. Lorsqu'une administration ne veut pas priver ses agents fortement primés de toute activité extérieure, ce à quoi conduirait la stricte application de cet effet de seuil, elle ferme les yeux et ne demande soit aucun reversement soit un

63- C'est par exemple le cas des jurys d'examen. Y participer fait-il partie des missions dévolues aux enseignants ? Ces agents doivent-ils être rémunérés pour cette participation ?

64- La question de l'inclusion ou de l'exclusion des primes et avantages divers n'est pas toujours simple. De plus, les distinctions entre rémunérations brutes ou nettes ont été notablement compliquées depuis une dizaine d'années par l'instauration de plusieurs contributions (contribution de solidarité, CSG -part déductible et non-déductible, RDS).

reversement symbolique qui laisse à l'agent, en sus de son traitement principal, plus des 100% autorisés par le décret-loi de 1936. Dans d'autres administrations aussi, de semblables tolérances semblent pratiquées, à l'exception de rares exemples d'abus manifestes ou de dépassements du plafond pour des montants élevés.

Enfin, parce que peu d'agents publics exercent des activités publiques accessoires assez rémunérées pour atteindre le plafond de 100% en sus du traitement afférent à l'activité principale.

La plupart des agents concernés par ce plafond sont des personnes jeunes, placées en début de carrière dans des corps de catégorie A+ et exerçant d'importantes responsabilités. Au bout de quelques années dans la fonction publique, leur traitement principal est encore modeste, mais les primes y afférentes sont élevées et leurs compétences les conduisent à accepter des missions d'expertise dans une autre administration, qui donnent lieu à une rémunération accessoire. Même si cette rémunération reste peu importante, elle s'ajoute aux primes perçues au titre de l'activité principale : la somme peut facilement atteindre le montant du traitement principal.

Quand l'agent est plus ancien, son indice a progressé et son traitement principal avec lui, de sorte que la valeur relative de ces rémunérations accessoires a diminué, éloignant ainsi le risque d'atteindre le plafond. De plus, la rémunération globale perçue au titre de son activité principale par un agent plus ancien rend le complément de rémunération moins nécessaire (l'agent dispose déjà de revenus élevés) et moins attrayant (le taux marginal d'imposition augmente avec les revenus, faisant diminuer l'avantage marginal procuré par une rémunération accessoire).

Il existe en outre des règles particulières qui contribuent à l'obscurité et donc à la mauvaise application du plafonnement des rémunérations publiques. Des règles plus sévères que celle du 100% peuvent être instituées par voie générale (statuts particuliers) mais non par voie individuelle⁶⁵. Il arrive cependant que certains textes prévoient des possibilités plus larges de dérogations et d'exercice de cumul. Le Conseil d'Etat, qui s'est heurté au refus de certaines administrations d'obtenir connaissance de ces textes particuliers, ne peut que déplorer cette opacité et demande que les régimes dérogatoires fassent l'objet d'un réexamen systématique, en vue de faire disparaître toutes dispositions qu'aucun intérêt général ne pourrait justifier.

La version d'origine du décret-loi du 29 octobre 1936 bénéficiait d'une cohérence certaine. Mais ses modifications successives et l'évolution des dénominations des différents éléments de la rémunération des agents ont créé des incertitudes. Les difficultés d'interprétation de ces textes, déjà signalées dans le présent rapport, ont conduit parfois à des interprétations sensiblement différentes d'une administration à l'autre, le plus souvent à une indifférence complète à l'égard d'une réglementation qui n'est dès lors plus appliquée. Le Conseil d'Etat s'attache donc à proposer le remplacement du texte de 1936 par un mode de calcul simple et dépourvu d'ambiguïté.

Un nouveau mode de calcul du plafond de rémunérations publiques

65- CE, Ass., 9 novembre 1973, *Siestrunck et autres*, p. 625.

Le Conseil d'Etat a envisagé de nombreuses pistes de réforme de la réglementation.

1^{ème}) Le Conseil d'Etat rejette tout ajustement de court terme qui consisterait à se contenter de modifier le taux du plafond de 100%. Certes une augmentation donnerait, pour un temps au moins, une certaine souplesse aux agents dont la part des primes dans la rémunération de l'activité principale est importante. Pour éviter tout blocage, préjudiciable à l'intérêt général, ils retrouveraient la faculté d'apporter de temps à autre un concours ponctuel à un autre organisme public. Mais cette modification ponctuelle présenterait trois graves inconvénients :

- elle ne résoudrait pas les difficultés d'interprétation du décret-loi de 1936, qui ont conduit à ce qu'il est parfois complètement ignoré de certaines administrations ou qu'il soit appliqué différemment d'une administration à l'autre ;

- l'augmentation du taux de 100% serait interprétée par la plupart des agents comme un relâchement des règles de cumul d'activités et de rémunérations, alors que la réforme envisagée a pour objectif de limiter ces possibilités de cumul ;

- l'affichage d'un taux supérieur à 100% serait très mal compris de l'opinion, qui, ignorante du détail du mode de calcul, pratique l'amalgame et interprète déjà la règle actuelle comme la possibilité offerte aux fonctionnaires de doubler leur revenu...

2^{ème}) Le Conseil d'Etat rejette le principe de la fixation d'un plafond exprimé en valeur absolue, qui présenterait plusieurs défauts :

- son uniformité serait nécessairement inadaptée ;

- il accentuerait le resserrement de l'éventail des rémunérations indiciaires à l'intérieur de la fonction publique ;

- il risquerait de n'être pas actualisé, ou au contraire modifié par paliers brusques, introduisant des distorsions supplémentaires.

3^{ème}) Le Conseil d'Etat s'oppose à toute modification du calcul du plafond selon l'ancienneté de l'agent :

- d'une part, il serait difficile de justifier une autorisation de cumul plus favorable aux agents en début de carrière (ceux pour lesquels se pose d'abord le plafond de cumul de rémunérations publiques, puisque leur traitement indiciaire est peu élevé). Un agent débutant devrait se consacrer le plus exclusivement possible à ses fonctions principales, pour y acquérir une compétence qu'il ne pourra exercer à l'extérieur de son administration qu'une fois confirmée ;

- d'autre part, il serait de mauvaise administration d'instaurer une règle uniforme et contraignante interdisant par exemple toute activité publique accessoire à des jeunes fonctionnaires. S'ils sont généralement peu sollicités pour des expertises ou des consultations, ils sont en revanche très adaptés pour des missions d'enseignement. Et l'intérêt du service peut justifier qu'ils exercent des activités publiques accessoires : plutôt que de poser une règle générale uniforme, ce sera au chef

hiérarchique d'apprécier, dans chaque cas, si le cumul d'activités (et donc de rémunérations) est compatible avec l'intérêt du service.

Finalement, il reste **deux solutions possibles** que le Conseil d'Etat a plus particulièrement étudiées :

- **Exclure les primes de l'une et l'autre colonne.** Le plafond de rémunérations publiques serait défini comme le plafond des rémunérations qui ne se rapportent pas à l'activité principale, comparées au seul traitement principal. Les agents ne sont donc pas découragés d'obtenir des primes élevées dans leur administration d'origine, puisqu'elles ne rentrent pas dans le calcul du plafond. Ce serait d'ailleurs une interprétation possible de la réglementation actuelle en traduisant «prime hiérarchique» par «primes versées au titre de l'activité principale».

Faire masse de toutes les rémunérations perçues au titre de l'activité principale, et adopter ce total comme le montant auquel serait comparé le total des rémunérations perçues à l'extérieur. Ce serait faire disparaître, pour le calcul du plafond de rémunérations publiques, la distinction inexplicable entre traitement principal et primes afférentes à cette même activité principale. On reviendrait donc à l'inspiration du texte originel de 1936. D'un côté la totalité de la rémunération afférente à l'activité principale (hors cependant prestations familiales et remboursements de frais). De l'autre les rémunérations perçues au titre d'autres activités publiques. Les agents, qu'ils soient fonctionnaires ou contractuels, se trouveraient donc désormais placés dans une situation analogue au regard des possibilités de cumul. Les difficultés issues de l'application de la réglementation actuelle à des fonctionnaires dont les primes approchent ou dépassent 100% de leur traitement disparaissent. Les contractuels (qui ne perçoivent pas de primes, puisque leur rémunération forme un ensemble unique qui ne connaît pas la complexité de celle des fonctionnaires titulaires) et les fonctionnaires sont soumis au même mode de calcul.

Le Conseil d'Etat exprime une nette préférence pour l'exclusion des primes afférentes à l'activité principale de l'une et l'autre colonne. La rémunération des fonctionnaires repose sur la grille indiciaire qui garde une certaine cohérence d'ensemble, même si elle ne reflète pas complètement la réalité de la hiérarchie des rémunérations. Les primes et leurs variations viennent corriger l'excès de rigidité de la grille ; elles doivent garder ce seul effet sur la rémunération globale de l'activité principale, mais ne doivent pas être chargées de conséquences supplémentaires, qui pourraient les rendre insupportables. Si le montant des primes acquérait des effets sur les possibilités de cumul d'activités publiques, c'est tout le système des primes, déjà imparfait et dépourvu de transparence, qui deviendrait insupportable aux agents, en accroissant encore l'enjeu de leur montant. Il ne faut pas ajouter aux imperfections du principe des primes et de leur distribution entre les corps et les agents un autre inconvénient consistant à donner plus de facultés de cumul de rémunérations aux agents qui bénéficient déjà des primes les plus élevées.

Le Conseil d'Etat suggère donc d'exclure les primes de la base de référence, qui doit être la plus objective et indiscutable possible. C'est le traitement indiciaire qui doit donc être retenu.

On peut s'interroger sur l'ajout à ce traitement indiciaire des éventuelles bonifications indiciaires, nouvelles bonifications indiciaires, indemnités de sujétions spéciales, ou autres bonifications qui viendraient majorer l'indice de l'agent en raison des fonctions qu'il occupe. Même si certaines de ces bonifications sont prises en compte pour le calcul des droits à pension, leur nature est plutôt celle de primes ; leur éventuelle inclusion dans la base de référence du cumul ouvrirait des débats

et litiges qui risqueraient de renouveler les difficultés d'interprétation des concepts que connaît actuellement le décret-loi de 1936. Le mieux est de retenir une notion simple : le traitement indiciaire (c'est-à-dire hors bonifications de quelque nature qu'elles soient).

Pour conforter cette exigence de simplicité et de transparence, on retiendra le *traitement indiciaire brut*, qui n'est pas soumis aux aléas des variations des cotisations ou impôts prélevés à la source, et se révèle plus simple à déterminer, à la fois pour l'agent et pour l'administration. Cette référence au traitement brut, sensiblement supérieur au net, présente donc aussi l'avantage de permettre le choix, à possibilités égales de cumul, d'un taux inférieur à ce qu'il serait si la référence au traitement net était choisie.

Il faut aussi distinguer, parmi les éléments de rémunérations qui ne sont pas le traitement, ceux qui sont exclus de tout plafond (les primes), de ceux qui constituent des rémunérations accessoires plafonnées. Le Conseil d'Etat suggère de retenir un critère le plus simple possible. Il rejette cependant celui de l'origine des rémunérations versées, par l'employeur principal ou par un autre employeur, qui s'avère inéquitable en donnant un avantage injustifiable aux agents relevant de ministères aux activités variées qui peuvent proposer à leurs agents de multiples activités accessoires exercées en interne.

Le Conseil d'Etat préfère retenir une autre distinction, selon que les activités accessoires sont ou non le complément indispensable de l'activité principale. Pour celles qui ne le sont pas, la rémunération qui en résulte, quoique versée par le même ordonnateur, ne peut pas être regardée comme une prime afférente à l'emploi principal mais comme celle d'une activité accessoire soumise au plafonnement du cumul de rémunération.

Est une activité accessoire celle qui n'est pas le complément indispensable de l'activité principale.

La rémunération du fonctionnaire exerçant à titre accessoire une autre activité publique pourra donc, pour l'application des règles de cumul de rémunérations, se décomposer en trois ensembles :

- les primes afférentes à l'activité principale (exclues de tout calcul de cumul) ;
- le traitement indiciaire brut hors bonifications (servant de référence et donc exprimé en montant brut, pour éviter les variations d'une telle référence au gré des variations de calcul des cotisations et impositions à la source) ;
- les autres rémunérations publiques (exprimées en montant imposable, le seul qui puisse être connu facilement, notamment pour l'établissement de la déclaration annuelle signée par l'agent).

Les «autres rémunérations publiques» ne devront donc pas dépasser un pourcentage du traitement indiciaire brut, qu'il conviendra de fixer.

Le Conseil d'Etat est d'avis que différentes hypothèses de taux peuvent être retenues, aussi ne propose-t-il pas de taux précis, dont la fixation relève plutôt de choix politiques et de la politique générale de gestion de la fonction publique. Le choix de ce taux semble cependant devoir suivre quelques lignes directrices :

- l'exclusion explicite des primes de tout calcul de cumul conduit à abaisser le taux actuel de 100% ;

- la nécessité de maintenir certaines possibilités de cumul d'activités publiques, nécessaires aux collectivités publiques, interdit de descendre ce taux en dessous de 50% ;

- la fixation d'un taux de droit commun, applicable à la grande majorité des agents publics, ne doit pas exclure des exceptions, à la hausse ou à la baisse, qui seraient prévues par décret en Conseil d'Etat pour les corps ou les emplois pour lesquels un impératif d'intérêt général nécessite de restreindre ou d'élargir les facultés de cumuler plusieurs activités publiques.

Il ne suffit pas d'instaurer une règle claire, encore faut-il contraindre les administrations à l'appliquer. Actuellement la plupart des agents publics n'entendent jamais évoquer la question du cumul de rémunérations publiques, parce que le plafond ne leur est signifié que si leur employeur principal a connaissance de l'ensemble de leurs rémunérations et d'un dépassement du plafond et qu'il prend l'initiative d'émettre un titre de perception. Les exemples semblent assez rares.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat propose que chaque agent public se voie présenter, au début de chaque année civile, l'état de l'ensemble des rémunérations qu'il a perçues au cours de l'année écoulée, quelle que soit leur nature. L'agent devra certifier cet état exact et complet en le signant.

Cette formalité légère n'ajoute aucune mission supplémentaire aux administrations puisqu'elles sont actuellement censées tenir un compte de cumul pour chacun de leurs agents. Elle ne demande pas à l'agent un important travail de vérification puisque les montants en cause lui ont déjà été communiqués par son ou ses employeurs pour sa déclaration annuelle de revenus qu'il transmet à son centre des impôts. Elle présente en outre plusieurs avantages :

- l'agent est informé de la réglementation et du montant exact du plafond ;

- il ne peut plus faire prévaloir sa prétendue bonne foi ou son ignorance pour dissimuler à son employeur principal des rémunérations accessoires : signer un relevé incomplet ou inexact devient une faute susceptible de sanctions disciplinaires.

Le Conseil d'Etat propose que l'agent dont le compte de cumul, ainsi certifié par lui, fait apparaître un dépassement du plafond, doive reverser à son employeur principal (premier lésé par la dispersion des activités des agents qui lui sont affectés) la totalité des sommes dépassant le plafond.

Absence de limitation des rémunérations privées

Seules les rémunérations publiques sont actuellement soumises à plafonnement (articles 7 et 9 du décret-loi de 1936). Les rémunérations privées ne sont soumises à aucun plafonnement, celles versées par un Etat étranger non plus⁶⁶.

Le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la nécessité de laisser les rémunérations privées hors de tout plafond de cumul de rémunération. Cependant et en préalable, il a exclu de tout plafonnement les rémunérations perçues au titre d'activités littéraires, scientifiques ou artistiques : comment interdire à un agent public d'être un artiste reconnu ou un écrivain à succès ?

Objectifs d'un éventuel plafonnement

Le plafonnement des rémunérations privées perçues par les agents publics répondrait à plusieurs objectifs :

- il éviterait que les agents publics désirant effectuer des activités accessoires ne préfèrent le secteur privé, où les rémunérations seraient libres, au secteur public, où elles sont plafonnées ;
- il serait une mesure efficace pour limiter fortement le cumul d'activités privées par les agents publics, qui doit demeurer l'exception ;
- il contribuerait aussi à la lutte contre le chômage en empêchant les agents publics de remplir des activités privées susceptibles d'être exercées par d'autres ;
- il répondrait à un souci de l'opinion qui comprend encore plus mal l'exercice par les agents publics d'une activité privée que celui d'une activité publique accessoire.

De plus, aucune justification théorique ne peut être avancée pour expliquer l'absence de plafonnement de ces rémunérations. Seuls des arguments d'ordre psychologique ou technique empêchent ce plafonnement : système inquisitorial, multiplicité des employeurs privés, nombreux biais et échappatoires possibles.

Effectuer un choix entre plusieurs options

C'est pourquoi le Conseil d'Etat a étudié plusieurs solutions :

- Plafonner les rémunérations perçues d'organismes privés. La simplicité commande alors de soumettre l'ensemble des rémunérations accessoires, qu'elles soient publiques ou privées, au même plafond, dont le taux devrait alors tenir compte de ce large éventail d'activités possibles. Ce plafond pourrait alors être un frein puissant aux activités libérales exercées par les professeurs de l'enseignement supérieur. Il risquerait, par son caractère général et uniforme, d'interdire la participation ponctuelle de certains agents publics à des missions, parfois bien rémunérées, qui contribuent au rayonnement de l'employeur public ou à la qualification de l'agent et donc à l'intérêt général.

66- CE, 16 décembre 1964, *Ministre des affaires étrangères c/Ebrard*, p. 644.

- Taxer les rémunérations perçues d'organismes privés en prévoyant un reversement d'une part de cette rémunération à l'employeur principal, de qui l'agent tient sa qualification et son expérience. Cette taxation serait une rémunération de l'investissement réalisé par la personne publique dans la formation de l'agent. Cependant, un tel système risque de se heurter à des obstacles psychologiques.

- Renoncer au plafonnement des rémunérations privées, dont le montant peut être limité autrement : par le mécanisme d'autorisation préalable qui serait institué. L'agent qui désire exercer une activité privée doit indiquer, dans sa demande d'autorisation, le montant prévu de cette rémunération. Si le supérieur hiérarchique l'estime excessive, il peut refuser l'autorisation demandée.

La connaissance de cet élément permettrait à l'administration de refuser l'exercice de cette activité privée s'il apparaît qu'une rémunération trop élevée risque de nuire à l'indépendance de l'agent dans son activité publique. Une limitation des rémunérations privées serait ainsi obtenue, de façon modulée selon les agents et les administrations, c'est-à-dire de façon plus pertinente. Mais subsistent des difficultés d'application pratique (certains revenus d'activités privées sont impossibles à prévoir à l'avance) et des risques d'arbitraire.

- Interdire les activités privées accessoires, résolvant alors la question du plafonnement de ces rémunérations. Seules demeurerait possibles la production d'oeuvres scientifiques, littéraires et artistiques et l'exercice d'une profession libérale.

Finalement, le Conseil d'Etat propose de ne pas soumettre les rémunérations privées à un plafonnement. Il risquerait d'être à la source de nombreuses fraudes et donc inefficace. Comment contrôler les revenus tirés de l'exercice d'une profession libérale découlant de la nature des fonctions, ou bien les revenus d'activités littéraires, scientifiques et artistiques ?

Cependant, l'état annuel certifié par l'agent devrait, et ce serait une innovation par rapport au régime actuel, mentionner les rémunérations perçues d'organismes privés et soumises soit à autorisation soit à déclaration. Un éventuel exercice d'une telle activité sans autorisation, ou en méconnaissance de l'obligation d'autorisation ou de déclaration, donnerait lieu au remboursement au Trésor des rémunérations perçues au titre des activités non autorisées ou non déclarées.

Conclusion

·Une réforme importante de la réglementation anti-cumul, par l'abrogation du décret-loi de 1936 et l'adoption d'un nouveau texte susceptible d'être appliqué sans détours, serait privée d'une bonne partie de ses effets s'il subsistait la faculté de lui échapper facilement par l'adoption de règles statutaires dérogatoires.

Devant l'impossibilité actuelle de recenser les dérogations existantes, et les difficultés à se livrer à des investigations dans des domaines où les bénéficiaires font preuve de la plus grande discrétion voire d'un secret déterminé, le Conseil d'Etat propose une mise à plat de toutes les dérogations. Au terme d'une période transitoire de cinq ans, destinée au réexamen systématique de toutes les dérogations aux règles de cumul de droit commun, ces dérogations deviendraient caduques si elles n'avaient pas été confirmées par un texte exprès : une loi ou, le plus souvent, un décret en Conseil d'Etat. On peut penser qu'émergeraient ainsi toutes les dérogations plus favorables que le nouveau régime de droit commun. Les règles plus sévères, peu nombreuses, devraient, elles aussi, être confirmées.

Le réexamen permettra de ne pas reconduire les dérogations qui ne seraient pas fondées sur des motifs d'intérêt général justifiés par les conditions spécifiques des fonctions mais, par exemple, sur des acquis anciens que rien ne justifie plus. Il n'est pas nécessaire que l'énoncé de ces motifs d'intérêt général figure dans la loi ; leur réalité sera appréciée cas par cas lors de l'examen par le Conseil d'Etat des projets de décrets qui lui seront soumis, ou bien, ultérieurement, statuant au contentieux.

·Au terme de cette étude, il apparaît que les objectifs et le cadre du décret-loi du 29 octobre 1936 restent, dans l'ensemble, adaptés à la situation actuelle. Le présent rapport ne bouleverse pas les grandes options du texte : interdiction de principe d'exercer une activité privée, dérogations limitées ouvertes par autorisation du supérieur hiérarchique, faculté d'exercer des activités publiques accessoires, plafonnement des rémunérations publiques.

C'est l'application de cette réglementation qui est gravement défailante. Elle est parfois inappliquée, souvent mal appliquée, et même inapplicable, les administrations l'interprétant de façon variable et éprouvant par exemple de grandes difficultés devant la définition de l'emploi public ou du calcul du plafond de rémunérations publiques.

Le Conseil d'Etat propose donc d'actualiser et de clarifier la réglementation pour rendre son application plus facile :

- redéfinition du champ d'application de la réglementation ;
- maintien de l'interdiction d'exercice d'une activité privée en exigeant une autorisation expresse pour ouvrir les dérogations ;
- suppression de la notion de cumul d'emplois publics ;
- contrôle du cumul d'activités et de rémunérations publiques par la certification annuelle par l'agent d'un état récapitulatif.

La nouvelle réglementation du cumul d'activités et de rémunérations des agents publics devrait permettre son application simple et uniforme. Elle pourra alors remplir les objectifs qui lui sont fixés, au premier rang desquels la qualité du service public.

ANNEXES

Composition du groupe d'étude

Président

M. Yves GALMOT, président de section

Rapporteur

M. Laurent TOUVET, maître des requêtes

Membres du groupe

M. le président Marcel PINET, Conseiller d'Etat

M. le président Henri TOUTEE, Conseiller d'Etat

M. Bernard PECHEUR, Conseiller d'Etat

- un membre de la Cour des comptes

- le directeur général de la fonction publique ou son représentant et les chefs de bureaux FP2 et FP7 à la direction générale de la fonction publique

- le directeur des affaires juridiques du Ministère de l'éducation

- le directeur du budget, représenté par le chef du bureau 2B

- le directeur général des collectivités locales, représenté par les chefs des bureaux FP2 et FP3 de la sous-direction des élus locaux et de la fonction publique territoriale

- le directeur des hôpitaux ou son représentant

Secrétaire

Mme SOTO, secrétaire de la Section du rapport et des études



Liste des personnes auditionnées

- M. Bernard PLANTIN, chef du service des pensions au Ministère de l'économie et des finances et M. Giuliani, sous-directeur
- un inspecteur général de l'administration au Ministère de la culture
- M. Romain WALLER, adjoint au chef de service du Conseil général des Mines
- M. Philippe de CHAZEAX, sous-direction des personnels des services déconcentrés de la direction générale de l'administration du Ministère de l'agriculture
- un représentant de la direction des personnels et des services du Ministère de l'équipement, du logement, et des transports
- Mme Catherine GRAS, sous-directeur du personnel à la direction du personnel du Ministère de l'économie et des finances et Mme VERMEULEN, chef de bureau
- M. Michel GAUDIN, directeur de l'administration de la police nationale et M. Christophe MIRMAND, sous-directeur
- M. Aimé BELLINA, directeur du centre de gestion des Pyrénées-Atlantiques, président de l'association des directeurs des centres de gestion.

Résumé des propositions du Conseil d'Etat

1. Révision fondamentale du champ d'application de la réglementation anti-cumul :

Distinguer :

· d'une part, les agents soumis aux règles de cumul («premier cercle») :

1^{ère} les fonctionnaires civils et militaires en position d'activité. Les fonctionnaires détachés suivent les règles applicables à leur emploi de détachement.

2^{ème} les agents qui exercent, pour une durée supérieure à la moitié de la durée du travail dans la fonction publique de l'Etat (c'est-à-dire 19h30, moitié de la durée légale du travail dans la fonction publique de l'Etat, fixée à 39 heures par l'article 1er du décret n°94-725 du 24 août 1994) une ou plusieurs activités auprès des personnes suivantes :

a) l'Etat, ses établissements publics à caractère administratif et, sauf dérogation expresse accordée par décret en Conseil d'Etat, ses établissements publics industriels et commerciaux ;

b) les collectivités territoriales, leurs établissements publics administratifs, et, sauf dérogation prévue par délibération motivée de l'organe délibérant de la collectivité de rattachement, leurs établissements publics à caractère industriel et commercial ;

c) les établissements relevant du titre IV du statut général de la fonction publique ;

d) les organismes de sécurité sociale ;

e) les groupements d'intérêt public soumis à un mode de gestion publique.

· d'autre part, les entités dans lesquelles les agents soumis aux règles de cumul pourront exercer une autre activité publique («second cercle») :

a) les organismes inclus dans le premier cercle défini ci-dessus ;

b) les sociétés privées rendues délégataires de service public par une loi ;

c) les organismes publics ou privés dont le budget de fonctionnement a été alimenté, directement ou indirectement, au cours des trois derniers exercices connus, et pour plus de 50% de son montant soit par des taxes fiscales ou parafiscales, soit par des cotisations rendues obligatoires en vertu d'un texte légal ou réglementaire, soit par des subventions, mises à disposition ou avantages en nature alloués par un ou plusieurs des organismes mentionnées aux a) ou b) de ce second cercle.

2. Aligner l'article L.324-1 du code du travail sur le champ d'application de la réglementation anti-cumul applicable aux fonctionnaires et agents publics (premier cercle ci-dessus)

3. Aménager les dérogations au principe d'interdiction faite aux agents publics d'exercer des activités privées :

- remplacement de la notion «d'oeuvres scientifiques, littéraires et artistiques» par la référence aux articles L.112-2 et L.112-3 du code de la propriété intellectuelle ;

- suppression de l'exigence que les enseignements donnés par les agents publics ressortissent à leur compétence professionnelle ;

- en ce qui concerne professions libérales découlant de la nature des fonctions :

* remplacement des termes «qui découlent de la nature des fonctions» par «qui concourent au bon exercice de leurs fonctions» ;

* incompatibilité entre l'exercice d'une profession libérale et l'exercice à temps plein des fonctions de professeur d'université. Une transition serait prévue, pendant laquelle les professeurs d'université exerçant une profession libérale ne pourraient recevoir aucune rémunération complémentaire (heures complémentaires) au titre d'une université.

- ajouter d'autres dérogations au principe de l'interdiction d'exercer une activité privée :

* prévoir la participation de fonctionnaires aux conseils d'administration des sociétés anonymes filiales d'établissements publics ;

* prévoir expressément que les agents publics peuvent effectuer des missions auprès d'organisations internationales intergouvernementales ou d'Etats étrangers.

4. Rendre plus stricte la procédure d'exercice d'une activité privée :

Nécessité d'obtenir une autorisation écrite préalable à toutes les activités privées, à l'exception :

- des activités scientifiques, littéraires et artistiques (pour lesquelles le régime de la liberté continuera de prévaloir) ;

- des professions libérales qui concourent au bon exercice des fonctions (un régime déclaratif sera institué).

Tout manquement aux interdictions ou obligations d'obtention d'autorisation ou de déclaration donne lieu à reversement au Trésor des rémunérations perçues au titre des activités non autorisées ou non déclarées.

5. Suppression de la notion de «cumul d'emplois publics» et de l'autorisation de cumuler deux emplois publics

6. Clarifier le régime du cumul d'activités publiques :

- déclaration écrite préalable de l'agent à son chef de service, précisant le contenu de l'activité ou de la mission, et sa durée ;
- l'exercice d'une activité publique qui n'aurait pas été déclarée serait susceptible d'entraîner d'une part des sanctions disciplinaires, d'autre part un reversement de la totalité des rémunérations perçues dans les activités non déclarées.

7. Révision du plafond de cumul de rémunérations publiques

- les primes afférentes à l'activité principale seraient exclues de tout calcul de cumul ;
- plafonnement du montant imposable des rémunérations publiques perçues par l'agent en dehors de son activité principale à un pourcentage (à déterminer entre 50 et 100%) du traitement indiciaire brut hors bonification.

8. Améliorer l'efficacité du contrôle du plafond de rémunérations publiques

- Certification et signature par chaque agent public, au début de chaque année civile, de l'état de l'ensemble des rémunérations qu'il a perçues au cours de l'année écoulée ;
- En cas de dépassement du plafond, reversement à l'employeur principal de la totalité des sommes dépassant le plafond.

9. Mise à plat des régimes dérogatoires instaurés par voie réglementaire

Au terme d'une période transitoire de cinq ans, destinée au réexamen systématique de toutes les dérogations aux règles de cumul de droit commun, ces dérogations deviendraient caduques si elles n'ont pas été confirmées par un texte exprès.

Seules les dérogations instaurées par voie législative seraient maintenues.

Projets de textes relatifs au cumul d'activités et de rémunérations

I. Le Conseil d'Etat présente ici les dispositions législatives ou réglementaires destinées à remplacer les dispositions du décret-loi du 29 octobre 1936. Le texte est présenté sous la forme législative par souci de clarté et de cohérence avec la réglementation de 1936. Il ne préjuge en rien de la nature législative ou réglementaire de ses dispositions, parmi lesquelles un travail de reclassement sera nécessaire.

Dispositions législatives ou réglementaires destinées à remplacer les dispositions du décret-loi du 29 octobre 1936

Article 1er : (champ d'application)

Sauf dispositions statutaires contraires justifiées par les conditions spécifiques d'exercice de certaines fonctions, sont soumis aux règles de la présente loi sur les cumuls d'activités et de rémunérations :

1^{ème}) les fonctionnaires civils et militaires en position d'activité. Les fonctionnaires détachés suivent les règles applicables à leur emploi de détachement.

2^{ème}) les agents qui exercent, pour une durée supérieure à la moitié de la durée du travail dans la fonction publique de l'Etat, une ou plusieurs activités auprès des personnes suivantes :

a) l'Etat, ses établissements publics à caractère administratif et, sauf dérogation expresse accordée par décret en Conseil d'Etat, ses établissements publics industriels et commerciaux ;

b) les collectivités territoriales, leurs établissements publics administratifs, et, sauf dérogation prévue par délibération motivée de l'organe délibérant de la collectivité de rattachement, leurs établissements publics à caractère industriel et commercial ;

c) les établissements relevant du titre IV du statut général de la fonction publique ;

d) les organismes de sécurité sociale ;

e) les groupements d'intérêt public soumis à un mode de gestion publique.

Article 2 (Dérogations à l'interdiction d'exercer une activité privée) :

I. Les personnels mentionnés à l'article 1er ne peuvent exercer à titre professionnel une activité lucrative hors des organismes mentionnés au I de l'article 3. Il peut être dérogé à cette interdiction dans les conditions prévues au II ci-dessous, et, en ce qui concerne les enseignants-chercheurs, dans les conditions prévues au décret 99-343 du 4 mai 1999.

II. 1. La production des oeuvres de l'esprit au sens des articles L.112-2 et L.112-3 du code de la propriété intellectuelle est libre. Toutefois les ingénieurs civils et militaires de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements hospitaliers et les personnels placés sous leur autorité, ainsi que le personnel des services d'architecture des collectivités locales ne peuvent pas prêter leur concours à titre personnel à des particuliers pour la préparation de projets ou plans ou pour l'exécution de travaux d'architecture ou de topographie.

2. Une autorisation préalable peut être accordée pour :

a) effectuer des expertises ou donner des consultations ou des enseignements [suppression des mots : «ressortissant à leur compétence»] ;

b) siéger dans les organes délibérants de sociétés ou institutions privées, sur désignation d'une autorité publique ;

c) prêter un concours à des organisations internationales intergouvernementales ou à des Etats étrangers.

A cet effet une demande écrite est adressée à l'autorité dont relève l'agent intéressé. Cette demande est assortie de précisions relatives au contenu et aux modalités d'exercice de l'activité considérée.

L'autorisation doit être donnée par écrit et préciser son objet, les conditions dont elle est éventuellement assortie et sa durée de validité. L'autorité compétente peut, dans l'intérêt du service, refuser son autorisation et y mettre fin à tout moment.

3. Les membres du personnel enseignant [suppression des mots : «technique ou scientifique»] des établissements d'enseignement et les personnes exerçant des activités à caractère artistique [termes remplaçant : «de l'administration des beaux-arts»] peuvent, après déclaration adressée, dans les formes prévues à l'article 3 point II, à l'autorité dont ils relèvent, exercer les professions libérales qui découlent de leurs fonctions. Les membres des personnels enseignants des établissements d'enseignement supérieur qui exercent une profession libérale ne pourront recevoir de rémunération complémentaire d'un établissement de cette catégorie.

4. Dans tous les cas mentionnés aux 2 et 3 ci-dessus, il est interdit aux personnels intéressés de donner des consultations, procéder à des expertises ou plaider en justice dans des litiges intéressant la personne publique ou l'organisme dont ils relèvent, à moins qu'ils n'exercent ces activités à la demande de ceux-ci.

Article 3 (Exercice d'une activité publique accessoire) :

I. Les personnels mentionnés à l'article 1er peuvent, en sus de leur fonction principale, exercer des activités accessoires dans les organismes suivants :

- a) personnes morales mentionnées au 2ème de l'article 1er ;
- b) sociétés privées rendues délégataires de service public par une disposition législative ;
- c) organismes publics ou privés dont le budget de fonctionnement a été alimenté, directement ou indirectement, au cours des trois derniers exercices connus, et pour plus de 50% de son montant, soit par des taxes fiscales ou parafiscales, soit par des cotisations rendues obligatoires en vertu d'un texte législatif ou réglementaire, soit par des subventions, mises à disposition de personnels, de locaux ou d'équipements, ou d'autres avantages en nature alloués par un ou plusieurs des organismes mentionnées aux a) et b) ci-dessus.

II. Les agents à temps complet doivent, avant d'entamer cette activité accessoire, déclarer par écrit à l'autorité dont ils relèvent leur intention de l'exercer, en lui indiquant sa nature, ses modalités d'exercice et sa durée. Cette autorité peut, dans l'intérêt du service, s'y opposer et demander à tout moment qu'il y soit mis fin.

Les agents exerçant à temps incomplet des activités auprès de plusieurs employeurs publics doivent adresser cette déclaration à chacune des autorités dont ils relèvent. Chacune d'elles peut, dans l'intérêt du service, s'y opposer et demander à tout moment qu'il y soit mis fin.

Article 4 :

Tout manquement aux interdictions ou obligations d'obtention d'autorisation ou de déclaration instituées par les articles 2 et 3 donne lieu, sans préjudice de l'application éventuelle de sanctions disciplinaires, au reversement au Trésor du montant des rémunérations perçues au titre des activités interdites, non autorisées ou non déclarées.

Article 5:

Le montant imposable des rémunérations effectivement perçues au titre d'activités accessoires mentionnées à l'article 3 par une personne mentionnée à l'article 1er ne peut dépasser un pourcentage, déterminé par décret en Conseil d'Etat, de son traitement indiciaire brut hors bonification s'il est fonctionnaire, ou de la rémunération brute perçue au titre de son activité principale, s'il n'est pas fonctionnaire.

Un état récapitulatif de l'ensemble des rémunérations accessoires perçues au titre de l'année civile écoulée est établi au début de l'année suivante par la collectivité publique ou l'organisme employeur principal. Cet état est certifié exact et signé par l'agent intéressé. En cas de dépassement du plafond défini à l'alinéa précédent, l'employeur principal retient sur la rémunération de l'agent la totalité des sommes excédant ledit plafond ou, à défaut, émet un ordre de versement.

Article 6 (dispositions transitoires et abrogation)

I. Le décret-loi du 29 octobre 1936 est abrogé.

II. Demeurent en vigueur les dispositions législatives qui ont édicté en matière de cumuls d'activités et de rémunérations des règles spéciales à certaines catégories de fonctionnaires ou d'agents publics.

III. Les dispositions statutaires dérogatoires aux dispositions de la présente loi et en vigueur à la date de sa publication sont abrogées à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de cette date si elles n'ont pas fait l'objet d'une confirmation expresse par décret en Conseil d'Etat.

Article 7:

Un décret en Conseil d'Etat fixe, en tant que de besoin, les modalités d'application de la présente loi.

II. L'intervention du législateur sera en outre nécessaire pour:

1^{ème}) **Modifier l'article L.324-1 du code du travail:**

L'article L.324-1 du code du travail est remplacé par les dispositions suivantes:
«L'emploi de personnels en méconnaissance de la loi n^{ème}... du ... est interdite».

2^{ème}) **Modifier l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983**, qui pose l'interdiction faite aux fonctionnaires d'exercer une activité privée lucrative, sauf dérogation prévue par décret en Conseil d'Etat. Les règles de cumul, puisqu'elles s'appliquent à beaucoup d'autres personnes que les seuls fonctionnaires, ne peuvent pas être insérées à l'article 25. Un mécanisme de renvoi est nécessaire:

Les deuxième et troisième phrases du premier alinéa de l'article 25 de la loi n^{ème}83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires sont remplacées par les dispositions suivantes:

«Ils ne peuvent exercer une activité accessoire, publique ou privée, que dans les conditions prévues par la loi n^{ème}... du ...».

3^{ème}) **Modifier les textes législatifs qui font référence au décret-loi du 29 octobre 1936**

L'article 39 de la loi du 11 janvier 1984, le septième alinéa de l'article 60 de la loi du 26 janvier 1984, et le dernier alinéa de l'article 46 de la loi du 9 janvier 1986 sont chacun remplacés par les dispositions suivantes:

«Les fonctionnaires autorisés à accomplir une période de service à temps partiel sont ne peuvent exercer aucune autre activité rémunérée, à l'exception de la production des oeuvres de l'esprit au sens des articles L.112-2 et L.112-3 du code de la propriété intellectuelle.»

4ème) **Abroger** l'article 1er du décret-loi du 29 octobre 1936, issu de la loi nème 63-156 du 23 février 1963.

Décret-loi du 29 octobre 1936