

A propos des cumuls d'emplois publics militaire et territorial

Situation exposée:

M. X a été recruté par la ville de L (école de musique de H) en qualité d'assistant spécialisé d'enseignement artistique (ASEA) sur un poste statutaire non pourvu, à titre d'activité accessoire, à compter du 1er septembre 2007.

Son activité principale est celle de musicien d'orchestre à la Musique de l'Air.

Il est rémunéré par la ville de L à l'indice brut 290 (Cf. Arrêté du 27 février 1991 relatif à la rémunération des personnels assurant à titre d'occupation accessoire l'enseignement de la musique dans les établissements relevant des collectivités territoriales).

Il est inscrit sur la liste d'aptitude des ASEA, pour la ville de L depuis le 1er août 2008 et demande en conséquence une nomination après concours sur son poste à 2/20 à Hellemmes.

Observations:

M. X est regardé comme militaire (grade de sergent).

Il sera considéré qu'il s'agit d'un militaire, soit titulaire, soit sous contrat de droit public, et qu'il exerce en tant que tel à titre principal des fonctions de musicien au ministère de la défense.

Aux termes du 6ème alinéa de l'article L4122-2 du code de la défense:

"(Les militaires) peuvent... être autorisés à exercer, dans des conditions fixées par décret en conseil d'Etat, à titre accessoire, une activité, lucrative ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé, dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions qui leur sont confiées et n'affecte pas leur exercice."

L'article R. 4122-26 du même code de la défense, inséré par l'article 2 du décret n° 2008-999 du 24 septembre 2008 (JO du 26 septembre 2008), dispose que:

"Les activités accessoires susceptibles d'être autorisées sont les suivantes:

"1° Activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif;

" ...

"4° Enseignements ou formations".

Les articles R. 4122-27, R. 4122-28, R. 4122-29, R. 4122-30 et R. 4122-31, insérés dans le même code par le même décret, prévoient que:

Article R. 4122-27 (alinéa 1): "Le cumul d'une activité exercée à titre accessoire mentionnée à l'article R. 4122-26 avec l'activité exercée à titre principal par un militaire est subordonné à la délivrance d'une autorisation par le ministre de la défense. Le ministre de la défense peut, par arrêté, déléguer ce pouvoir aux commandants de formation administrative ou aux autorités dont ils relèvent."

Article R. 4122-28: "Préalablement à l'exercice de toute activité soumise à autorisation, le militaire adresse au ministre de la défense ou à l'autorité déléguée par lui, qui lui en accuse réception, une demande écrite qui comprend les informations suivantes:

"1° Identité de l'employeur ou nature de l'organisme pour le compte duquel s'exercera l'activité envisagée;

"2° Nature, durée, périodicité et conditions de rémunération de cette activité.

"Toute autre information de nature à éclairer l'autorité mentionnée au premier alinéa sur l'activité accessoire envisagée peut figurer dans cette demande à l'initiative du militaire. L'autorité compétente peut lui demander des informations complémentaires."

Article R. 4122-29: "L'autorité compétente notifie sa décision dans un délai de deux mois à compter de la réception de la demande.

"Lorsqu'elle estime ne pas disposer de toutes les informations lui permettant

de statuer sur la demande, elle invite le militaire à la compléter dans un délai maximum d'un mois à compter de la réception de sa demande. Le délai prévu au premier alinéa est alors porté à trois mois.

"En l'absence de décision expresse écrite contraire dans le délai de réponse mentionné aux premier et deuxième alinéas, le militaire est réputé autorisé à exercer l'activité accessoire."

Article R. 4122-30: "Tout changement substantiel intervenant dans les conditions d'exercice ou de rémunération de l'activité exercée à titre accessoire par un militaire est assimilé à l'exercice d'une nouvelle activité.

"Le militaire doit adresser une nouvelle demande d'autorisation au ministre de la défense ou à l'autorité déléguée par lui dans les conditions prévues à l'article R. 4122-28."

Article R. 4122-31: "Le ministre de la défense ou l'autorité déléguée par lui peut s'opposer à tout moment à la poursuite d'une activité dont l'exercice a été autorisé dès lors:

"- que l'intérêt du service le justifie;

"- que les informations sur le fondement desquelles l'autorisation a été donnée apparaissent erronées;

"- que l'activité en cause ne revêt plus un caractère accessoire."

Conclusions

Il résulte des dispositions du code de la défense susmentionnées que:

- Ni le décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraite, de rémunérations et de fonctions, ni par conséquent la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à ce même décret-loi, ne sont applicables, depuis le 28 septembre 2008, à la situation examinée;
- Continuent par contre à s'appliquer à M. X les dispositions de l'arrêté ministériel du 27 février 1991 relatif à la rémunération des personnels assurant à titre d'occupation accessoire l'enseignement de la musique dans les établissements relevant des collectivités territoriales, dont notamment l'article 1er dispose:

"Les collectivités territoriales sont autorisées à verser des indemnités aux personnels civils et militaires de l'Etat relevant du ministre de la défense ou du

ministre de l'intérieur, exerçant à titre principal des fonctions de musicien qui assurent à titre d'occupation accessoire l'enseignement de la musique dans les établissements relevant de ces collectivités." (Version consolidée au 8 février 1992 et à ce jour)

L'emploi des termes "Indemnités" et "Occupation accessoire", ainsi que le caractère précaire et révocable de l'autorisation accordée au militaire par le ministre de la défense ou son délégué (qui "peut s'opposer à tout moment à la poursuite d'une activité dont l'exercice a été autorisé..."), appellent à conclure que l'emploi public territorial dont il s'agirait en l'occurrence pour M. X ne peut correspondre qu'à un emploi sous contrat de droit public excluant tout cumul de retraite au bénéfice de l'intéressé et donc tout cumul de contributions et de cotisations de retraite le concernant.

M. X n'aurait jamais dû être admis à concourir pour accéder à un emploi de fonctionnaire territorial titulaire exercé d'ailleurs à titre accessoire, puisqu'il ne saurait être fonctionnaire titulaire dans deux emplois différents, l'un militaire, l'autre territorial, ni d'ailleurs, au surplus, être inscrit sur une liste d'aptitude pour accéder à un emploi de fonctionnaire territorial titulaire.
