



ASSEMBLÉE NATIONALE

13ème législature

réglementation

Question écrite n° 111694

Texte de la question

M. Jean-Christophe Lagarde attire l'attention de M. le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État sur la notion juridique « d'employeur » dans le secteur public. Le code des pensions civiles et militaires de retraite dispose que, sauf dérogations limitativement énumérées, les fonctionnaires retraités sont soumis à l'écrêtement de leur pension lorsqu'ils reprennent une activité pour le compte d'un « employeur » public. Le terme « employeur » a été introduit par la loi du 21 août 2003. Auparavant, le texte visait les « organismes » publics. Ni les travaux préparatoires, ni les débats parlementaires, n'ont commenté cette modification. Saisi du cas d'un fonctionnaire retraité qui s'était placé sous le régime fiscal et social des professions libérales et avait travaillé pour le ministère de la santé dans le cadre d'un marché public, le service des pensions du ministère des finances a considéré que les conditions de l'écrêtement étaient remplies puisque le ministère de la santé était « l'employeur » de cet agent. Le Conseil d'État lui a donné raison dans un arrêt de valeur jurisprudentielle. Cette décision relative au code des pensions civiles et militaires déroge à la pratique antérieure de l'administration, notamment sociale et fiscale, jusqu'alors exclusivement fondée sur la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle il n'y a employeur que s'il existe un contrat de travail (ou son équivalent statutaire ou réglementaire) et un lien de subordination. La novation est donc considérable : désormais la juridiction administrative peut reconnaître la qualité d'employeur à un service public même en l'absence de contrat de travail et de lien de subordination. Il semble indispensable que tous les acteurs économiques et sociaux du secteur public soient informés des conséquences qui en résultent pour leur propre gestion. C'est pourquoi il lui demande - sauf à rappeler aux administrations qu'elles doivent s'en tenir strictement à la définition de l'employeur issue de la Cour de cassation - de lui faire connaître, d'une part, les cas où la qualité d'employeur sera attribuée à des organismes ou services publics en l'absence de contrat de travail et de lien de subordination (une interprétation possible des articles R. 91 et R. 92 du code des pensions pourrait par exemple conduire à penser que seront visées les collectivités publiques qui passent un marché avec un fonctionnaire retraité) et, d'autre part, les conséquences qui en découleront pour ces services publics dans tous les domaines de la réglementation, sociale, fiscale (conséquences pour les administrations qui passent un marché avec un fonctionnaire retraité sur le versement des cotisations d'employeur au titre de ce marché, conséquences de la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État sur la définition et le mode de dénombrement des emplois publics...).

Texte de la réponse

Il n'existe pas de définition légale de l'agent recruté pour un acte déterminé, s'agissant notamment des retraités des fonctions publiques travaillant ponctuellement pour l'administration. Il en résulte que la relation qui lie une personne appelée, à la demande de l'administration, à réaliser un acte déterminé qui ne répond pas à un besoin régulier de celle-ci doit être appréciée au cas par cas par l'administration. En d'autres termes, et pour ce type de personne, la notion d'employeur public doit donc être appréciée au moyen de critères matériels et objectifs. C'est d'ailleurs en appliquant la technique du faisceau d'indices que le juge (administratif ou judiciaire) apprécie la nature du lien existant entre la personne et l'administration. Parmi les indices permettant d'identifier le lien de

subordination d'un agent avec l'administration (et donc permettant de qualifier cette dernière d'employeur), on peut citer : le pouvoir de l'administration de donner des ordres et directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements (cass.soc 13 novembre 1996 ; 94-13 187) ; l'obligation de service fixée par l'administration telle que les horaires impératifs, le lieu de travail assigné ; (CE n° 25248 du 24 avril 1981) ; le travail au sein d'un service organisé avec mise à disposition de locaux, d'outils et de personnels de l'administration ; la rémunération fixée unilatéralement par l'administration par voie réglementaire. S'agissant des droits à cumul d'un fonctionnaire retraité, le Conseil d'État, dans son arrêt du 28 mai 2010 (CE, M. Jean-François B, n° 323335), a néanmoins jugé que l'ensemble des revenus d'activité doit être pris en compte, quelle que soit la nature du lien juridique qui unit le retraité et l'employeur public. Dans ce cadre, le fonctionnaire est soumis aux règles d'écrêtement de la pension fixées à l'article L. 85 du code des pensions civiles et militaires de retraite (CPCMR). Celles-ci prévoient que, dans l'hypothèse où le nouveau revenu d'activité est supérieur au tiers du montant de la pension, l'excédent est déduit de la pension après application d'un abattement égal à la moitié du minimum garanti, c'est-à-dire un abattement de 557,90 euros mensuel. Toutefois, des dérogations autorisent le cumul intégral de la pension et du revenu d'activité (activités artistiques, littéraires ou scientifiques, participation aux activités juridictionnelles ou à des instances consultatives...). S'agissant des militaires, des dérogations sont également prévues à l'article L. 86 II du CPCMR. Enfin, le cumul d'une pension de retraite avec un revenu d'activité est autorisé sans limite en application de la loi de financement de la sécurité sociale 2008, à deux conditions : que le retraité ait liquidé l'ensemble des pensions de vieillesse (de base et complémentaire) auxquelles il peut prétendre ; s'il atteint sa limite d'âge (65 ans portés à 67 ans par la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites) ou s'il a cotisé le temps nécessaire pour bénéficier d'une retraite à taux plein (164 trimestres en 2012).

Données clés

Auteur : [M. Jean-Christophe Lagarde](#)

Circonscription : Seine-Saint-Denis (5^e circonscription) - Nouveau Centre

Type de question : Question écrite

Numéro de la question : 111694

Rubrique : Retraites : fonctionnaires civils et militaires

Ministère interrogé : Budget, comptes publics, fonction publique et réforme de l'État

Ministère attributaire : Fonction publique

Date(s) clé(s)

Date de signalement : Question signalée au Gouvernement le 15 novembre 2011

Question publiée le : 21 juin 2011, page 6422

Réponse publiée le : 29 novembre 2011, page 12593