

N° 397333

Mme P...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 26 avril 2017

Lecture du 17 mai 2017

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, rapporteur public

1. Cette affaire vous permettra de trancher la question, actuellement pendante dans de nombreux litiges devant les tribunaux administratifs, de savoir si un membre du corps des aides-soignants qui a effectué toute sa carrière dans une crèche en qualité d'auxiliaire de puériculture, peut être regardé comme ayant occupé un emploi classé dans la catégorie active – et bénéficier des conditions de retraite afférentes à cette catégorie.

2. La requérante, Mme P..., a été affectée en qualité d'auxiliaire de puériculture du 1^{er} octobre 1977 au 1^{er} avril 1979 au service des maladies infectieuses du CHU de Dijon, puis à la crèche du personnel de cet hôpital pour le reste de sa carrière et jusqu'au 1^{er} mars 2013, date à compter de laquelle elle a demandé une liquidation anticipée de sa pension de retraite en se prévalant de ses années de service dans un emploi classé dans la catégorie active.

Le 25 février 2013, le directeur général de la CNRACL a opposé un refus à cette demande et le tribunal administratif de Dijon, par un jugement 23 janvier 2014, a rejeté son recours contre cette décision. Le président de la cour administrative d'appel de Lyon vous a transmis sa requête contre ce jugement, qui a été rendu en premier et dernier ressort s'agissant d'un litige portant sur la jouissance immédiate d'une pension civile de retraite : CE, 29 décembre 2004, T..., n°272320, T. pp. 638-789.

La Fédération CGT Santé Action Sociale intervient au soutien de ce pourvoi et son intervention est recevable au regard de son objet social, qui vise la défense des intérêts des travailleurs actifs et des retraités des services de santé et de l'action sociale.

3. On sait que les fonctionnaires qui ont accompli une certaine durée de services dans des emplois classés dans la catégorie active peuvent obtenir une liquidation anticipée de leur pension civile de retraite. La requérante, née en 1957, pouvait prétendre, en l'état des textes applicables à sa demande – il s'agit du dispositif transitoire prévu par la loi portant réforme des retraites de 2010 pour les fonctionnaires nés avant le 1^{er} janvier 1961 – à être radié des cadres à l'âge de cinquante-cinq ans et neuf mois, sous réserve d'avoir accompli au moins quinze ans de services dans la catégorie active.

L'application de cette règle au corps des aides-soignants et des agents des services hospitaliers qualifiés de la fonction publique hospitalière, auquel appartenait Mme P..., soulève toutefois une difficulté qu'il va vous revenir de rancher.

Aux termes du troisième alinéa de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite : « *Sont classés dans la catégorie active les emplois présentant un risque particulier ou des fatigues exceptionnelles. La nomenclature en est établie par décret en Conseil d'Etat* »

Aussi bien le décret n°65-773 du 9 septembre 1965 relatif au régime de retraite des tributaires de la CNRACL, que l'actuel décret n°2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la CNRACL, ont renvoyé à un arrêté interministériel le soin de déterminer les emplois classés dans la catégorie active.

C'est toutefois l'arrêté du 12 novembre 1969, pris en application du décret de 1965, qui demeure aujourd'hui en vigueur, car il n'a jamais été mis à jour, y compris postérieurement au décret de 2003. Son article 1^{er} renvoie à deux tableaux annexés le soin de dresser la liste des emplois de la catégorie B – ancienne dénomination de la catégorie active. C'est le tableau I qui nous intéresse ici. Il mentionne pour la catégorie des « *Services de santé et établissements publics d'hospitalisation et de cure* » les emplois suivants : « *surveillants et surveillantes des services médicaux (...), infirmiers et infirmières spécialisés dont l'emploi comporte un contact direct et permanent avec les malades (...), puéricultrices en fonctions dans les services de pédiatrie, aides soignants et aides soignantes, servants et servantes dont l'emploi comporte un contact direct et permanent avec les malades (...)* ».

On constate donc que la condition tenant à ce que l'emploi occupé comporte un contact direct et permanent avec les malades n'est exigée que pour certains emplois : les infirmiers et infirmières spécialisés et les servants et servantes. S'agissant des puéricultrices, la condition d'appartenance à la catégorie active est de nature organique, puisqu'elles doivent être en fonctions dans un service de pédiatrie. S'agissant enfin des aides-soignants et aides-soignantes, aucune condition particulière n'est formulée, ni pour ce qui regarde le contact avec les malades, ni pour ce qui regarde le service où ils exercent leurs fonctions.

L'ancienneté de cette nomenclature nous met dans l'embarras.

La requérante appartient au corps des aides-soignants. Cependant elle a occupé, nous l'avons dit, des fonctions d'auxiliaire de puériculture. Cette spécialité est expressément prévue par le statut de ce corps depuis le décret n°88-1080 du 30 novembre 1988. C'est actuellement le décret n°2007-1188 du 3 août 2007 qui dispose que les aides-soignants « *sont recrutés en qualité d'aide-soignant, d'auxiliaire de puériculture ou d'aide médico-psychologique* ».

Ultime élément de complexité, le statut en question prévoit que « *les aides-soignants et les auxiliaires de puériculture collaborent aux soins infirmiers dans les conditions définies à l'article R. 4311-4 du code de la santé publique* ». Ce dernier article est relatif à l'exercice de la profession d'infirmier et plus précisément aux actes professionnels qui leur sont réservés. Il dispose que l'infirmier peut, sous sa responsabilité, assurer les actes et les soins qui relèvent de son rôle « *avec la collaboration d'aides-soignants, d'auxiliaires de puériculture ou d'aides médico-psychologiques qu'il encadre et dans les limites de la qualification reconnue à ces derniers du fait de leur formation* ».

Il en résulte que tous les membres du corps des aides-soignants, y compris les auxiliaires de puériculture, ont vocation à dispenser des soins.

4. Votre jurisprudence a toutefois une certaine expérience du type de difficulté que soulève la question de qualification juridique posée par le présent litige.

Elle y apporte une réponse strictement formaliste, posée par votre décision CE, Sect., 2 octobre 1964, *Sieur B...*, n°57191, p. 446 : « *les services accomplis par les fonctionnaires ne peuvent être regardés comme services actifs (catégorie B) qu'en vertu d'une disposition législative ou réglementaire et non par voie d'assimilation* ».

Ainsi, il appartient au juge « *de rechercher si les textes législatifs ou réglementaires applicables prévoient que l'emploi occupé (...) est au nombre de ceux qui ouvrent droit au bénéfice [de la catégorie active] et non si, au regard des fonctions réellement exercées, l'emploi occupé peut être tenu pour équivalent à l'un de ceux qui figurent dans ces textes* » : CE, 5 novembre 2003, *Office des postes et télécommunications*, n°252295, T. p. 918.

Votre décision CE, 6 octobre 1999, *Caisse des dépôts et consignations*, n°152292, T. p. 857, fournit de cette jurisprudence une application particulièrement topique pour notre affaire : la circonstance que les fonctions exercées et les conditions d'accès à l'emploi de « berceuse » dans une pouponnière départementale, étaient les mêmes que celles de l'emploi d'aide-soignante, classé en catégorie active, ne permet pas d'assimiler les services accomplis en tant que « berceuse » à ceux d'une aide-soignante.

Vous ne déroger à l'exigence d'une classification réglementaire explicite en catégorie active que lorsqu'un emploi de ce type a simplement changé de dénomination : cf. par exemple votre décision CE, 30 octobre 1987, *Caisse des dépôts et consignations c/ Mme M...*, n°70545, T. p. 845, au sujet des aides-soignantes auxquelles une délibération du conseil municipal a conféré l'appellation d'ouvrier professionnel, ou encore CE, 17 décembre 2003, *Caisse des dépôts et consignations*, n°223360, p. 517, au sujet d'un fonctionnaire territorial titulaire d'un emploi de la catégorie active qui est détaché auprès d'une SEM pour exercer les mêmes fonctions sous une appellation différente.

5. Comment les juges du tribunal administratif de Dijon ont-ils raisonné dans notre affaire ?

Après avoir cité correctement l'ensemble des textes législatifs et réglementaires applicables aux aides-soignants, le tribunal est en quelque sorte « remonté » au principe posé par l'article L. 24 du code des pensions, à savoir l'existence d'un « *risque particulier* » ou de « *fatigues exceptionnelles* ». Il a alors recherché si les fonctions d'aide puéricultrice en crèche exposaient à un tel risque ou à de telles fatigues, résultant d'un contact direct et permanent avec les malades, pour conclure par la négative.

Il en a déduit que c'est à bon droit que la CNRACL avait pu se livrer à la même recherche et refuser, pour ce motif, le bénéfice du départ anticipé à la retraite que sollicitait la requérante.

C'est cette lecture des textes qui est défendue devant vous par la CDC. Elle cite une toute récente réponse ministérielle de la ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, publiée au JO du 22 mars 2016 (p. 2365) :

« *L'arrêté interministériel du 12 novembre 1969 détermine les corps et emplois classés en catégorie active. Le corps des aides-soignants est expressément mentionné par cet arrêté de 1969. En revanche, tous les services accomplis par un agent relevant d'un corps classé en*

catégorie active ne sont pas pour autant considérés comme des services actifs. C'est le cas des auxiliaires de puériculture exerçant leur fonction en crèche de personnel. En effet, sont considérés comme des services actifs les services effectués dans des conditions d'emplois particulières à savoir un contact direct et permanent avec les malades »

Il faut ajouter que depuis 2007, sept tribunaux administratifs différents ont mis en œuvre une telle interprétation en jugeant que les services effectués par une auxiliaire de puériculture au sein de la crèche d'un hôpital ne pouvaient être considérés comme des services actifs, dès lors qu'ils n'avaient pas été accomplis en contact direct et permanent avec les malades.

Le surgissement de ce contentieux s'explique par un changement de doctrine de la CNRACL : jusqu'au début des années 2000 elle ne subordonnait le bénéfice de la catégorie active à aucune condition particulière pour les auxiliaires de puériculture affectées dans les crèches du personnel des établissements hospitaliers.

6. Au regard du cadre juridique que nous avons rappelé, nous pensons que le jugement attaqué, comme d'ailleurs les sept autres jugements de tribunaux administratifs que nous avons identifiés, s'écarterent résolument de votre jurisprudence. Le tribunal administratif de Dijon a bien commis la double erreur de droit que soulève le pourvoi.

Une première erreur de droit, en statuant sur le classement de l'emploi de la requérante en catégorie active au regard des fonctions concrètement exercées – auxiliaire de puériculture affectée en crèche administrative – au lieu de s'en tenir à votre approche formaliste.

Une seconde erreur de droit, en subordonnant ce classement à une condition que l'arrêté de 1969 ne prévoit pas pour les aides-soignants, à savoir l'existence d'un risque particulier ou de fatigues exceptionnelles. Cet arrêté ne prévoit d'ailleurs pas davantage, pour les aides-soignants, la condition tenant au contact direct et permanent avec les malades, qui a été mise en œuvre par les autres jugements de tribunaux administratifs dont nous faisons état.

Vous accueillerez donc ces deux moyens et vous annulerez le jugement attaqué.

Le troisième moyen est inopérant compte tenu de ce qui précède : il est tiré de l'erreur de qualification juridique qu'aurait commis le tribunal administratif en jugeant que la fonction d'aide puéricultrice en crèche ne présentait ni risque particulier ni fatigues exceptionnelles.

7. Nous vous proposons de régler l'affaire au fond, compte tenu de la jurisprudence manifestement constante et erronée des tribunaux administratifs en la matière.

Lorsque Mme P... a été recrutée comme aide-soignante, puis affectée sur un emploi en crèche, sa situation était régie par le décret n°60-1047 du 24 septembre 1960 relatif au recrutement et à l'avancement du personnel secondaire de services médicaux des établissements d'hospitalisation, de soins ou de cure publics. Selon ce statut, qui était en vigueur lorsque l'arrêté de classification de 1969 a été pris : « *les aides soignants assurent le service des hospitalisés et participent aux soins qui sont dispensés à ces derniers* ».

Ainsi, lorsque l'arrêté de 1969 classe le corps des aides-soignants dans la catégorie active, sans assortir ce classement d'aucune condition, c'est dans un contexte où le statut de ce corps prévoit la participation de tous ses membres aux soins des malades.

A compter de l'entrée en vigueur du statut des aides-soignants issu du décret du 30 novembre 1988, tous les textes successifs – le statut de 1989 puis celui de 2007 – ont mentionné l'existence d'une spécialité d'auxiliaire de puériculture. Pour autant, comme nous l'avons vu, tous ces textes ont maintenu le principe selon lequel les différentes catégories d'aides-soignants, y compris les auxiliaires de puériculture, « *collaborent aux soins infirmiers* » pour reprendre les termes du statut de 2007.

Il nous semble donc résulter de l'historique et de la combinaison de ces différentes dispositions que les auxiliaires de puériculture ne peuvent bénéficier de la classification en catégorie active, prévue par l'arrêté du 12 novembre 1969 pour les aides-soignants, que si leur poste les conduit à collaborer aux soins infirmiers mentionnés à l'article R. 4311-4 du code de la santé publique. En l'espèce, l'affectation au sein de la crèche du personnel d'un établissement public, fût-il hospitalier, exclut *a priori* une telle participation aux soins.

Une autre lecture de l'arrêté de 1969 aboutirait d'ailleurs à un résultat particulièrement absurde en matière de puériculture. On a vu en effet que pour les puéricultrices, l'arrêté subordonne l'accès à la catégorie active à une affectation dans un service de pédiatrie. Il ne nous semble donc pas envisageable de retenir, pour les auxiliaires de puériculture, le bénéfice de la catégorie active sans considération de leur affectation.

Nous vous proposons donc de rejeter la demande d'annulation de la décision du président de la CNRACL présentée par Mme P..., dont il est constant qu'elle a été affectée à partir de 1979 à la crèche du personnel d'un établissement hospitalier.

La circonstance que des personnes placées dans la même situation auraient bénéficié d'un classement en catégorie active est sans incidence sur la légalité de la décision attaquée.

Enfin Mme P... ne saurait utilement se prévaloir de la méconnaissance du principe de confiance légitime, qui n'est invocable que dans les situations juridiques régies par le droit de l'Union européenne.

EPCMNC :

- à l'admission de l'intervention de la Fédération CGT Santé – Action sociale ;
- à l'annulation du jugement attaqué du tribunal administratif de Dijon ;
- au rejet de la demande présentée par Mme P... devant le tribunal administratif ;
- au rejet des conclusions présentée par Mme P... et par la Fédération CGT Santé - Action au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.