

N° 416648
M. F...C...

4^{ème} et 5^{ème} chambres réunies
Séance du 23 septembre 2019
Lecture du 4 octobre 2019

CONCLUSIONS
M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Cette année encore, vous devez statuer sur un recours de M. C..., professeur d'éducation physique et sportive au collège Aimé Césaire des Ulis (Essonne), dirigé contre la circulaire annuelle du ministre de l'éducation nationale relative à la mobilité des personnels enseignants du second degré. Et cette année encore, vous l'annulerez.

La réforme du système de points de bonification pour les enseignants en zone d'éducation prioritaire décidée en vue de la rentrée 2005 a réduit le nombre de « points » permettant à M. C... d'obtenir une mutation et celui-ci attaque avec persévérance depuis les notes de service publiées chaque année. Depuis une première décision *Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur et autres* du 25 janvier 2006 (n° 275857, 275858 et 26741, aux Tables), par sept décisions successives¹ vous avez fait droit aux requêtes de M. C... et annulé toutes les circulaires en vue des rentrées 2008 à 2017. Les circulaires avaient illégalement ajouté aux dispositions de l'article 60 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, qui fixe les règles applicables aux mutations des fonctionnaires de l'Etat, en fixant pour le classement des demandes de mutation des règles assorties d'un barème et en établissant à cette fin des priorités non prévues par cet article.

La présente affaire vous donnera cependant l'occasion de préciser votre interprétation du nouveau cadre législatif et réglementaire issu de la modification apportée à l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

Dans sa version antérieure à sa très récente modification par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020, le 4^{ème} alinéa de l'article 60 disposait que « *dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, les affectations prononcées doivent tenir compte des*

¹ 4 SS, 13 octobre 2008, C..., n° 312088 ; 4 SS, 16 décembre 2009, C..., n° 323944 ; 4 SS, 7 mars 2012, C..., n°s 335130, 345018 ; 8 septembre 2014, 4 SS, C..., n°s 355073, 365050 ; 4/5 SSR, 22 juillet 2015, C..., n°s 374434, 387086 ; 4 SS, 29 mai 2017, C..., n° 396115 ; 4/5 CHR, C..., n° 406723.

demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille » et fixait une liste de priorités qui s'imposent à l'administration dans l'examen des demandes de mutation. En bénéficient les fonctionnaires séparés pour raisons professionnelles de leur conjoint ou du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité, les fonctionnaires handicapés, les fonctionnaires exerçant dans les quartiers urbains où se posent des problèmes sociaux ou de sécurité particulièrement difficiles, et depuis un ajout opéré par la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer, les fonctionnaires qui justifient du centre de leurs intérêts matériels et moraux dans une des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution ainsi qu'en Nouvelle-Calédonie.

Vous jugez que les demandes de mutation présentées par les agents publics doivent faire l'objet d'un examen individuel et que les dispositions de l'article 60 sont limitatives, les ministres ne pouvant légalement instituer d'autres priorités ou retenir d'autres critères que ceux qu'il fixe ; la jurisprudence est ancienne et constante en ce sens (outre les décisions déjà évoquées, mentionnons : 5/3 SSR, 6 février 1998, *R...et E...*, n° 139095 et 8/3 SSR 19 juin 2006, *G...*, n° 277262).

A la suite des nombreux succès contentieux de M. C... et de l'appel du pied que vous lui aviez lancé en ce sens dans votre décision C... du 22 juillet 2015 (n°s 374434, 387086), le législateur est intervenu afin de donner un fondement légal à des pratiques anciennes régulièrement censurées par le juge et d'introduire davantage de souplesse dans la gestion des mutations. Profitant de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, il a modifié l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984. Cet article tel que modifié alors prévoyant désormais, à son dernier alinéa, que « *l'autorité compétente peut procéder à un classement préalable des demandes de mutation à l'aide d'un barème rendu public. Le recours à un tel barème constitue une mesure préparatoire et ne se substitue pas à l'examen de la situation individuelle des agents* ». Il prévoyait également que si le classement fondé sur un barème doit respecter les priorités mentionnées au 4ème alinéa, « *l'autorité compétente peut édicter des lignes directrices par lesquelles elle définit, sans renoncer à son pouvoir d'appréciation, des critères supplémentaires établis à titre subsidiaire, (...), dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat* ».

Ces conditions ont été fixées par le décret n° 2016-1969 du 28 décembre 2016 relatif à la procédure d'édition des lignes directrices permettant le classement par l'administration des demandes de mutation des fonctionnaires de l'Etat. Son article 3 prévoit que les lignes directrices précisent les modalités de prise en compte de chacune des priorités de mutation prévues par l'article 60 et peuvent fixer des critères supplémentaires dont elles déterminent les modalités de prise en compte, en encadrant la prise en compte de l'ancienneté. Notons qu'il est permis de nourrir quelques doutes quant à la légalité de cet article en tant qu'il prévoit que lors du classement préalable des demandes de mutation, la prise en compte des critères subsidiaires ne peut conduire, à durée d'ancienneté inférieure ou égale, au dépassement d'une ou de plusieurs priorités légales, admettant ainsi que le critère de l'ancienneté, conjugué à l'un des autres critères subsidiaires, puisse primer sur une des priorités légales.

La requête de M. C..., qui demande l'annulation de la note de service du 9 novembre 2017 organisant le mouvement annuel des enseignants du second degré pour la rentrée 2018, est la première mettant en cause une note de service prise sans aucun doute possible sous l'empire de ce nouvel état du droit, même si vous avez déjà, dans votre dernière décision C... du 16 octobre 2017 annulant la note de service prise en novembre 2016 en vue de la rentrée 2017, indiqué par un « *en tout état de cause* »² que l'application de ce nouveau cadre juridique ne permettait pas de sauver la note de service litigieuse, dès lors que les critères retenus par le ministre ne revêtaient pas un caractère subsidiaire et méconnaissaient par suite, en tout état de cause, les dispositions de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 issues de la loi du 20 avril 2016.

Par exception à l'ordre normal d'examen des questions, nous examinerons d'abord les moyens de la requête avant d'évoquer sa recevabilité, que le ministre ne conteste pas en défense mais qui pose néanmoins une question non directement tranchée par vos précédentes décisions C...

La note de service établit, comme elle le fait chaque année, des critères supplémentaires aux critères légaux de priorité, relatifs à la situation personnelle ou administrative, en leur affectant un certain nombre de points, tels que l'ancienneté dans le service (c'est-à-dire l'échelon), l'ancienneté dans le poste, la charge d'un enfant, la qualité de parent isolé, la demande de réintégration dans un poste, l'exercice de fonctions de remplacement, la prise en compte de l'exercice d'un sport à haut niveau, etc.

Ces critères ne sont toutefois pas subsidiaires. En effet, comme Sophie-Justine Lieber le relevait dans ses conclusions sur la dernière requête de M. C..., les dispositions de la note de service laissent entendre que les candidats à la mutation bénéficiaires des priorités légales sont en concurrence avec les autres fonctionnaires concernés par le mouvement. Elle ne crée donc pas l'étanchéité souhaitée entre les fonctionnaires prioritaires et ceux disposant de points au titre des critères supplémentaires établis par le ministre.

Ainsi, au point 1.3.1 de la note de service attaquée³, il est indiqué que « *dans l'hypothèse où le classement issu de l'application du barème n'aurait pas permis de satisfaire des demandes formulées dans le cadre des priorités légales de mutation, par exemple, celles-ci pourront être examinées en dehors de son application et satisfaites sous réserve de l'intérêt du service* ». Il s'en déduit clairement que le barème prenant en compte les critères supplémentaires établis par la note de service peut aboutir à ce qu'une candidature légalement prioritaire soit dépassée par une candidature non prioritaire.

² Dans ses conclusions, Sophie-Justine Lieber doutait de l'applicabilité de ces nouvelles dispositions au mouvement de mutation se traduisant par des affectations à la rentrée 2017, puisque le décret d'application de la loi du 2 avril 2016 ne pouvait s'appliquer à un mouvement déjà débuté lors de sa publication, alors que les dispositions transitoires du décret prévoyaient expressément qu'il s'appliquait aux mouvements de mutation débutant après la date de son entrée en vigueur.

³ Page 34 de la note.

Or, les dispositions précitées du dernier alinéa de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 l'excluent, puisqu'elles prévoient que le classement préalable des demandes de mutation est « *établi dans le respect des priorités figurant au quatrième alinéa du présent article* ». Quand bien même les commissions administratives paritaires « rattraperaient » les candidatures légalement prioritaires, ce qui n'est au demeurant qu'une possibilité, comme le témoigne le point 1.3.3 selon lequel « *les priorités de traitement des demandes de mutation définies par l'article 60 modifié de la loi du 11 janvier 1984 pourront être examinées, lors de la tenue des instances paritaires, en dehors des critères de classement barémés* », cela contreviendrait à la lettre du texte, qui implique nécessairement que les candidatures prioritaires soient classées en haut de la liste.

Enfin, c'est en vain que le ministre tente en défense de vous convaincre que la pondération attribuée par la note de service aux critères subsidiaires n'est pas de nature à battre en brèche les priorités légales. Les points attribués aux critères supplémentaires sont peu ou prou les mêmes que dans la note de service précédente et vous avez jugé dans votre dernière décision C... précitée « qu'il ressort, au contraire, de la note de service attaquée que le nombre de points attribué aux agents au titre des critères supplémentaires qu'elle établit s'ajoute au nombre de points obtenu par application de la pondération des priorités définies au quatrième alinéa de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 et est, dès lors, susceptible, dans certaines situations, de modifier le classement qui aurait été obtenu par l'application de ces seules priorités même si la ministre soutient que les points attribués à ces critères ne sont pas susceptibles de faire échec aux priorités ». A titre d'exemple, l'affectation d'un sportif de haut niveau dans l'académie d'intérêt sportif attribue 50 points par année, soit 200 points après 4 ans, c'est-à-dire davantage qu'une demande de mutation au titre du rapprochement de conjoint qui vaut 190 points après un an de séparation. Plus nettement encore, la formulation d'un vœu unique en Corse ouvre droit à 600 points dès la première demande, et jusqu'à 1000 en cas de troisième demande consécutive, tandis qu'un stagiaire précédemment titulaire d'un corps autre que ceux des personnels enseignants de l'éducation nationale a droit à une bonification de 1000 points pour l'académie correspondant à son ancienne affectation avant sa réussite au concours, laquelle bonification lui permet de dépasser largement le nombre de points attribués à des agents bénéficiant des priorités légales, y compris à ancienneté égale.

Ainsi, le système adopté mélange l'ensemble des demandes, qu'elles soient prioritaires ou non, et attribue à la fois un nombre significatif de points à certains critères non prioritaires et un nombre de points peu élevé à des critères relevant des priorités légales. Il suit de là que le ministre n'a pas, comme il pouvait compétemment le faire, édicté des critères supplémentaires à caractère subsidiaire, mais a ajouté des critères aux dispositions législatives.

M. C... est donc fondé à soutenir que le ministre ne pouvait légalement édicter les critères contenus dans la note de service contestée.

Contrairement à ce que soutient le ministre en défense et ainsi que vous l'avez jugé dans votre précédente décision C... du 16 octobre 2017, les dispositions entachées d'illégalité

ne sont pas divisibles des autres dispositions de la note de service et leur illégalité doit entraîner si vous nous suivez une annulation de la note litigieuse dans son intégralité.

Votre décision sera l'occasion d'éclairer au mieux le ministre sur ce que les dispositions de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 issues de la loi du 20 avril 2016 lui permettent de faire ou non. Dans votre précédente décision C... du 16 octobre 2017, vous avez jugé que « les critères supplémentaires que l'autorité administrative est habilitée, en application de ces dispositions, à établir en vue du classement préalable des demandes de mutation ne sauraient, en raison de leur caractère subsidiaire, avoir d'autre effet que de permettre le départage de demandes ayant obtenu, en application des critères prioritaires (...), un classement identique » et vous avez censuré la note de service contestée au motif que le nombre de points attribués au titre des critères supplémentaires était « susceptible (...) de modifier le classement qui aurait été obtenu par l'application de ces seules priorités ». Il nous semble pourtant que ces motifs méritent d'être précisés, d'une part, et complétés, d'autre part.

D'une part, si l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 fixe des catégories prioritaires, c'est sans leur affecter de pondération. C'est le ministre qui choisit de les pondérer différemment (190 points pour un an de séparation pour le rapprochement de conjoint, 100 points pour les personnels handicapés – chiffre qui s'élève à 1000 points si la mutation sollicitée améliore leurs conditions de vie, 160 points pour les agents affectés en REP pendant 5 ans – le double en REP+, etc.) : cela peut se discuter car la loi ne les hiérarchise pas, mais ce point n'est pas contesté. Toujours est-il que la loi n'en rend pas une plus prioritaire que l'autre. Dès lors, la circonstance que l'application des critères subsidiaires puisse modifier le classement entre les enseignants relevant de catégories prioritaires (un fonctionnaire prioritaire au titre du rapprochement de conjoint finissant par exemple, par l'ajout de différentes bonifications, par dépasser dans le classement un agent handicapé), ne nous semble pas problématique en elle-même, tant qu'*in fine*, tous ces agents restent prioritaires par rapport à ceux qui ne peuvent se prévaloir que des critères supplémentaires. C'est bien le fait que le nombre de points attribués au titre des critères supplémentaires soit susceptible de rendre un agent n'entrant dans aucune des priorités légales prioritaire par rapport à un agent en relevant qui est problématique.

D'autre part, la loi nous semble ouvrir la possibilité que les critères aient pour objet, non seulement de départager les agents prioritaires ayant le même nombre de points au titre des priorités légales, mais également de départager des demandes non prioritaires (émanant d'agents n'entrant dans aucune des priorités légales) dès lors bien sûr que l'application de ces critères ne remet pas en cause les priorités légales. Il nous semble même que tel était l'objet de la modification apportée par la loi du 20 avril 2016, qui visait à donner une base légale, non seulement au barème permettant le classement préalable des demandes de mutation, mais aussi aux critères supplémentaires tels que l'ancienneté ajoutés chaque année par le ministre de l'éducation aux critères légaux et pouvant jouer à titre subsidiaire. Les travaux préparatoires de la loi du 20 avril 2016 montrent qu'une telle possibilité n'était en tout cas nullement exclue de l'intention du législateur⁴.

⁴ Cf. exposé des motifs de l'amendement à l'origine de la disposition : « Il est prévu que ces critères aient un

Les autres moyens de la requête, tirés de ce que la note de service serait entachée de rétroactivité illégale, procéderait au retrait d'une décision créatrice de droits et méconnaîtrait l'autorité absolue de la chose jugée ne nous paraissent pas fondés et nous pouvons en venir à la recevabilité de la requête.

Vous avez admis depuis votre décision *Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur et autres* déjà mentionnée que les notes de service du ministre de l'éducation nationale relatives aux mutations présentent un caractère impératif au sens de votre jurisprudence *Duvignères*⁵ en ce qu'elles énoncent des critères précis à prendre en compte pour le classement des demandes de mutation, assortis d'un barème de points à appliquer comportant des bonifications pour certains agents, ainsi que des règles permettant de départager des candidats en cas d'égalité de barème. Yves Struillou, invitant vos 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies à revenir sur une décision rendue le 23 février 2005 sur recours des mêmes requérants (n° 263421), jugeant que les dispositions de la circulaire ne présentaient qu'un caractère indicatif et n'étaient donc pas susceptibles de recours, relevait plusieurs indices allant dans le sens du caractère impératif de la note de service (notamment la publication des barèmes et la possibilité de formuler des réclamations pour en obtenir la correction) et estimait qu'elle ne constituait pas un simple guide définissant les orientations que doivent suivre l'autorité chargée de statuer sur les demandes de mutation mais mettait en place « un système de classement obligatoire et automatique ne laissant aucune marge d'appréciation ».

On pourrait néanmoins s'interroger sur l'incidence sur la recevabilité de la requête de la modification de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 par la loi du 20 avril 2016, en se demandant si les dispositions litigieuses sont bien des lignes directrices prévues par le dernier alinéa de cet article 60 dans sa rédaction applicable au litige et si dans ce cas elles ne peuvent être regardées comme dénuées de caractère impératif. Vous jugez en effet que des lignes directrices ont pour objet de servir de référence à l'administration qui doit cependant pouvoir y déroger lors de l'examen individuel de chaque demande si des considérations d'intérêt général ou les circonstances propres à chaque situation particulière le justifient (4/5 SSR, 19 septembre 2014, *J...*, au Recueil) et, en application de votre jurisprudence *Duvignères*, de telles lignes directrices sont insusceptibles de recours (voyez par exemple : 1/6 SSR, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et autres*, n°254961, 255376, 258342, au Recueil, s'agissant des délibérations du conseil d'administration du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante fixant un barème d'indemnisation des préjudices liés à l'amiante). Le dernier alinéa de l'article 60 précise d'ailleurs que les lignes directrices définissant des critères supplémentaires à titre subsidiaire ne privent pas l'autorité compétente de son pouvoir d'appréciation.

caractère subsidiaire, interviennent en second rang et ne remettent donc pas en cause les priorités légales instituées à l'article 60 (handicap, rapprochement conjoint, politique de la ville et bientôt suppression d'emploi). »

⁵ Section, 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618, au Recueil.

Mais nous croyons qu'à supposer même que les dispositions instituant des critères supplémentaires puissent en l'espèce être regardés comme des lignes directrices au sens des dispositions législatives précitées, la note de service attaquée, qui ne diffère pas des précédentes, est tout aussi impérative. Certes, comme celles annulées ces dernières années, elle indique que les barèmes sont « indicatifs » et qu'il « pourra » y être dérogé, mais vous avez déjà jugé que les règles précises qu'elle institue sont impératives et les critères supplémentaires énoncés le sont de façon tout aussi impérative. Il y aurait quelque paradoxe à fermer aujourd'hui votre prétoire à un requérant attaquant un acte dont il obtient chaque année l'annulation, alors même que cet acte est inchangé en substance, au seul motif que la loi a entendu lui donner un fondement légal sous forme de « lignes directrices », et nous ne vous le proposons pas.

La requête est donc recevable et vous pourrez annuler la note de service attaquée.

Précisons pour conclure que si le cadre juridique que nous vous avons décrit a encore connu depuis la publication de la note ici en litige deux autres modifications, l'une spécifique aux corps enseignants, l'autre de portée générale, votre décision conservera une valeur pédagogique pour le ministre de l'éducation nationale car aucune de ces deux modifications ne nous semble avoir d'incidence significative quant aux considérations dont nous vous avons entretenus :

- l'article 10 de la loi du 11 janvier 1984 tel que modifié par la loi du 20 avril 2016 permettant aux statuts particuliers des corps enseignants d'ajouter des priorités à celles mentionnées à l'article 60, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, le décret n° 2018-303 du 25 avril 2018 a ainsi modifié les statuts particuliers d'un certain nombre de corps enseignants pour fixer 5 autres critères subsidiaires, tels que l'ancienneté d'une même demande de mutation ou l'expérience et le parcours professionnel de l'agent.
- très récemment, la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a apporté à l'article 60 une modification substantielle, en supprimant l'avis des commissions administratives paritaires sur les mutations. Mais pour le reste, si elle généralise à l'ensemble de la fonction publique en la rendant obligatoire l'édition des lignes directrices de gestion déterminant la stratégie pluriannuelle de pilotage des ressources humaines, notamment en ce qui concerne la mobilité⁶, suivant là une recommandation formulée par le Conseil d'Etat dans son étude annuelle pour 2013 portant sur *Le droit souple*, elle ne change pas l'économie générale de l'article 60, qui subit des modifications essentiellement rédactionnelles.

PCMNC à l'annulation de la note de service attaquée et à ce que l'Etat verse à M. C... une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761 1 du code de justice administrative.

⁶ Nouvel article 18 de la loi du 11 janvier 1984.