

**N° 254182**  
**M. Alain A...**

**N° 254911**  
**Union Fédérale Pénitentiaire (U.F.A.P.)**

**N° 256715**  
**Syndicat Local de l'Union Fédérale Autonome Pénitentiaire (U.F.A.P.)**  
**des Services Pénitentiaires de Bordeaux**

**N° 256860**  
**Syndicat Lutte Pénitentiaire**

**N° 257616**  
**Syndicat Lutte Pénitentiaire**

**8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> sous-sections réunies**  
**Séance du 11 octobre 2004**  
**Lecture du 15 décembre 2004**

## **CONCLUSIONS**

**M. Laurent OLLEON, commissaire du gouvernement**

Aux termes des dispositions de l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : "Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire". La question de savoir si une indemnité présente le caractère d'un supplément de traitement ou d'une indemnité liée à l'exercice des fonctions est une question sensible, dans la mesure où, selon la réponse apportée, l'indemnité en cause sera versée au fonctionnaire dans toutes les situations dans lesquelles il peut prétendre au bénéfice du traitement ou, au contraire, sera liée à l'exercice effectif des fonctions, et ne restera donc pas à la charge de l'administration, par exemple, en cas de congé pour raison de santé.

Par une décision du 19 juin 1992, Ministre de l'Intérieur c/ D..., n° 102443, vous aviez relevé que l'indemnité de sujétions spéciales des personnels des services actifs de police est soumise à retenue pour pension depuis l'intervention de l'article 95 de la loi du 29 décembre 1982 portant loi de finances pour 1983, et déduit de ce constat qu'elle présentait le caractère d'un supplément de traitement. L'administration a fait sienne l'assimilation que vous

aviez, ce faisant, opérée entre indemnités soumises à retenue pour pension et suppléments de traitement.

Toutefois, par un avis du 13 janvier 1998, n° 360950 (Etudes et Documents 1999, p. 224), la section des finances du Conseil d'Etat a défini de façon plus restrictive la notion de traitement. Elle a précisé que les traitements au sens de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983 sont liés à l'indice spécifique à chaque agent public et à un montant régulièrement actualisé, et ne peuvent donc inclure en eux-mêmes quelque indemnité que ce soit. Elle a ajouté qu'alors même qu'elles sont soumises à retenue pour pension, les indemnités ne sont pas incluses dans le traitement. Elle a enfin indiqué que ce n'est pas parce que les indemnités sont soumises à retenue pour pension qu'elles peuvent être versées en toutes circonstances : comme toute indemnité, elles s'ajoutent au traitement en totalité ou en partie lorsqu'un texte législatif ou réglementaire le précise.

Dans cet avis, la section des finances a en outre pointé les différences existant entre certains textes en vigueur et les pratiques administratives. Elle mentionnait à titre d'illustration l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat et relevait que les congés de maladie bénéficient du maintien d'autres indemnités que celles expressément mentionnées à cet article.

A partir de cet avis, les différentes administrations ont engagé une remise à plat du régime des différentes indemnités, notamment dans l'hypothèse d'un congé de maladie. C'est ainsi qu'est intervenue la circulaire du 9 janvier 2003 du garde des sceaux, ministre de la justice, relative à la gestion administrative et comptable des congés de maladie.

Cette circulaire se compose de trois parties. La première est relative au contrôle des congés de maladie. La deuxième partie est consacrée au régime des majorations de traitement, primes et indemnités des personnels pénitentiaires en congé de maladie. Elle comporte en annexe une analyse de votre jurisprudence récente, dans laquelle le ministre indique que le maintien aux agents en congé de maladie des éléments de leur rémunération autres que le traitement, dès lors qu'ils sont liés à l'exercice effectif des fonctions ou représentatifs de frais, est en principe exclu, à moins qu'un texte législatif ou réglementaire, dérogeant aux dispositions statutaires de droit commun, ait expressément prévu le contraire. La circulaire fournit ensuite une liste de treize indemnités qu'elle regarde comme liées à l'exercice effectif des fonctions ou représentatives de frais et qui, comme telles, sont susceptibles de suspension en cas de congé de maladie. La troisième et dernière partie de la circulaire a trait aux modalités de suspension des primes et indemnités des personnels pénitentiaires en congé de maladie. Elle définit les modalités de la suspension (par prélèvement sur la rémunération due à l'agent, à raison d'1/360<sup>ème</sup> par jour de congé), et précise deux hypothèses dans lesquelles il ne sera procédé, à titre dérogatoire, à aucune suspension : en premier lieu, lorsque le congé pour raison de santé est dû à un accident ou une maladie reconnus imputables au service, et en second lieu, lorsque le caractère exceptionnel du congé ordinaire de maladie paraîtra aux directeurs régionaux des services pénitentiaires de nature à justifier le maintien des primes et indemnités.

C'est cette circulaire qui est attaquée devant vous :

- sous le n° 254182, par M. A..., surveillant des services pénitentiaires à la maison d'arrêt du Val d'Oise ;
- sous le n° 254911, par l'Union fédérale autonome pénitentiaire (UFAP) ;
- sous le n° 256715, par le syndicat local de l'UFAP des services pénitentiaires de Bordeaux.

Sous les n° 256860 et 257616, le Syndicat lutte pénitentiaire vous demande l'annulation des décisions en date des 17 mars 2003 et 22 mai 2003 par lesquelles le garde des sceaux a rejeté ses demandes d'abrogation de la circulaire.

Précisons que l'UFAP avait demandé, sous le n° 254912, la suspension de l'exécution de la circulaire, mais cette requête a été rejetée le 13 mars 2003 par le juge des référés du Conseil d'Etat, au motif qu'au égard à son objet, qui "ne touche pas au traitement principal des agents, cette circulaire n'est pas constitutive d'une situation d'urgence au sens des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative". Le président Labetoulle avait assorti ce rejet d'une amende pour recours abusif, dans la mesure où la demande de suspension ne cherchait même pas à justifier de l'urgence.

Ces requêtes sont recevables : il ne fait aucun doute que la circulaire attaquée comporte des dispositions impératives à caractère général. Vous pourrez les joindre pour statuer par une seule décision.

Avant d'en venir à l'examen des moyens des requêtes, il nous faut encore vous entretenir quelques instants des textes applicables. Outre l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, dont nous vous avons parlé, l'article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat dispose que "le fonctionnaire en activité a droit : ... 2°) A des congés de maladie... Celui-ci conserve alors l'intégralité de son traitement pendant une durée de trois mois ; ce traitement est réduit de moitié pendant les neuf mois suivants... 3°) A des congés de longue maladie... Le fonctionnaire conserve l'intégralité de son traitement pendant un an ; le traitement est réduit de moitié pendant les deux années qui suivent... 4°) A un congé de longue durée... de trois ans à plein traitement et de deux ans à demi-traitement...". Dans chacun de ces trois cas, le fonctionnaire conserve, en outre, ses droits à la totalité du supplément familial de traitement et de l'indemnité de résidence. Ce texte, qui mentionne plusieurs éléments de la rémunération d'un fonctionnaire en activité, ne dit rien des composantes de cette rémunération telle que la définit l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, à savoir les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire. Cette lacune a été partiellement comblée par l'article 37 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des comités médicaux et des commissions de réforme, aux conditions d'aptitude physique pour

l'admission aux emplois publics et au régime de congés maladie des fonctionnaires. Aux termes des deux premiers alinéas de cet article : "A l'issue de chaque période de congé de longue maladie ou de longue durée, le traitement intégral ou le demi-traitement ne peut être payé au fonctionnaire qui ne reprend pas son service qu'autant que celui-ci a demandé et obtenu le renouvellement de ce congé. Au traitement ou au demi-traitement s'ajoutent les avantages familiaux et la totalité ou la moitié des indemnités accessoires, à l'exclusion de celles qui sont attachés à l'exercice des fonctions ou qui ont le caractère de remboursement de frais".

Comme votre jurisprudence a-t-elle interprété ces textes et tiré les conséquences de l'avis du 13 janvier 1998 de la section des finances ?

Saisis d'une requête contre une note de service prévoyant la suppression de la prime de sujétions spéciales des fonctionnaires pénitentiaires en raison de leur placement en congé de longue maladie ou de longue durée, vous avez jugé que n'édicte aucune règle nouvelle une circulaire indiquant que le versement de cette prime doit être suspendu dans toutes les situations autres que les congés de maladie ordinaire, les congés de maternité et les congés annuels pour lesquels il n'est pas expressément indiqué par les textes qui les régissent que les indemnités soumises à retenue pour pension suivent en tout ou partie le sort du traitement (7 juillet 1999, M. A..., n° 185769).

Vous êtes allés plus loin par une décision du 28 décembre 2001, Syndicat lutte pénitentiaire de l'Union régionale Antilles-Guyane, n° 236161 (T. p. 1060), qui juge que la majoration de traitement au bénéfice des fonctionnaires en service dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Réunion, instituée par l'article 3 de la loi n° 50-407 du 3 avril 1950, présente le caractère d'une indemnité attachée à l'exercice des fonctions. Vous avez ensuite jugé qu'il résultait des dispositions de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, de l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984 et de l'article 37 du décret du 14 mars 1986 qu'un fonctionnaire en congé pour raison de santé conserve, outre son traitement ou son demi-traitement, l'indemnité de résidence et le supplément familial de traitement, le bénéfice de la totalité ou de la moitié des indemnités accessoires qu'il recevait avant sa mise en congé, à l'exclusion de celles qui sont attachées à l'exercice des fonctions ou qui ont le caractère de remboursement de frais. La notion de fonctionnaire en congé pour raison de santé inclut le congé de maladie ordinaire, comme le prouve le dernier considérant de cette décision, qui regarde comme dépourvue de caractère réglementaire une circulaire précisant que les fonctionnaires en service dans les D.O.M. ne peuvent se prévaloir, pendant un congé de maladie ordinaire, un congé de longue maladie ou un congé de longue durée, d'un droit au maintien de la majoration de traitement instituée par l'article 3 de la loi du 3 avril 1950.

Vous êtes enfin expressément revenus sur votre jurisprudence *Ministre c/ D...* du 19 juin 1992, par une décision du 10 janvier 2003, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M. Laureau*, n° 221334, à mentionner aux Tables. Vous avez à cette occasion jugé, d'une part, que commettait une erreur de droit une cour qui se fondait sur la circonstance que l'indemnité de sujétions spéciales des personnels des services actifs de la

police était soumise à retenue pour pension pour en déduire qu'elle présentait le caractère d'un supplément de traitement et devait être versée aux fonctionnaires placés en position de congé de longue maladie ou de longue durée. Après avoir relevé que ni le décret portant attribution de cette indemnité spéciale, ni aucun autre texte législatif ou réglementaire n'avaient prévu l'intégration de cette indemnité à la rémunération versées aux fonctionnaires de police placée en congé de longue maladie ou en congé de longue durée, vous avez jugé que cette indemnité est attachée à l'exercice des fonctions et n'est pas au nombre de celle dont le maintien est prévu par l'article 37 du décret du 14 mars 1986.

C'est à la lumière de cette jurisprudence que vous devrez examiner certains des moyens développés devant vous.

Le premier moyen est tiré de l'incompétence du ministre pour édicter une circulaire à caractère réglementaire. Il se décompose en quatre branches.

Plusieurs requêtes font tout d'abord grief à la circulaire attaquée de comporter au premier alinéa de son II ("Régime des majorations de traitement, primes et indemnités des personnels pénitentiaires en congé de maladie") une synthèse un peu approximative de vos décisions A... du 7 juillet 1999 et Syndicat Lutte pénitentiaire Union régionale Antilles-Guyane du 28 décembre 2001. Le ministre y affirme en effet que le maintien aux agents en congé de maladie des éléments de leur rémunération autres que leur traitement, dès lors qu'ils sont liés à l'exercice effectif des fonctions ou représentatifs de frais, est en principe exclu", ce qui est la reprise exacte de votre décision du 28 décembre 2001, à un mot près. Cette décision évoque les indemnités accessoires attachées à l'exercice des fonctions, alors que la circulaire parle de l'exercice « effectif » des fonctions. Il nous semble toutefois qu'il s'agit d'une simple erreur de plume du ministre : un fonctionnaire en congé pour raison de santé, et plus précisément en congé de maladie ordinaire, demeure certes en position d'activité, mais il n'est pas contestable qu'il n'exerce pas ses fonctions, et il n'est donc nul besoin de préciser qu'il ne les exerce pas de façon effective.

La circulaire ajoute ensuite : "à moins qu'un texte législatif ou réglementaire, dérogeant aux dispositions statutaires de droit commun, ait expressément prévu le contraire". Il s'agit d'une reprise partielle de votre décision Ajolet du 7 juillet 1999, et l'hypothèse envisagée semble improbable, puisqu'elle correspond au cas où une indemnité liée à l'exercice des fonctions ou représentative de frais verrait son versement aux agents en congé de maladie maintenu par un texte législatif ou réglementaire. Au demeurant, il ne s'agit que d'une hypothèse, et la circulaire n'ajoute rien à l'état du droit sur ce point.

Dans une deuxième branche du moyen d'incompétence, M. A... critique la liste des indemnités qui doivent être considérées comme liées à l'exercice effectif des fonctions ou représentatives de frais. Après avoir repris cette énumération, le requérant affirme seulement "qu'en l'espèce, la circulaire attaquée modifie les dispositions juridiques existantes". Vous pourrez donc, sans difficulté, écarter cette branche du moyen comme n'étant pas assortie des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé : il ne vous appartient pas, en l'absence de

développements circonstanciés dans les requêtes, de passer en revue les treize indemnités en cause pour apprécier la légalité de l'analyse qu'en fait la circulaire.

Dans une troisième branche du moyen, le syndicat local de l'UFAP des services pénitentiaires de Bordeaux reproche à la circulaire attaquée d'écarter la distinction, opérée selon lui par le statut, entre les congés de maladie d'une part, et les congés de longue maladie et de longue durée d'autre part. Mais, ainsi qu'il a été dit, vous avez exclu par votre décision "Antilles-Guyane" du 28 décembre 2001 le maintien de la majoration de traitement pour les fonctionnaires en service dans les DOM pour un fonctionnaire en congé pour raison de santé, ou encore pendant un congé de maladie ordinaire, un congé de longue maladie ou un congé de longue durée. En effet, l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984 ne prévoit le maintien pendant les divers congés de maladie que du traitement, du supplément familial de traitement et de l'indemnité de résidence. Le décret du 14 mars 1986 a pu légalement décider, sur le fondement de l'habilitation donnée par l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, le maintien des indemnités accessoires, à l'exclusion de celles attachées à l'exercice des fonctions ou représentatives de frais, en cas de congé de longue maladie ou de congé de longue durée. Mais il est bien sûr impossible d'en déduire, par un *a contrario*, le maintien de toutes les indemnités en cas de congé de maladie ordinaire. Par conséquent, contrairement à ce que soutient le syndicat requérant, une indemnité accessoire qui ne suit pas le sort du traitement ou qui est attachée à l'exercice des fonctions ou représentative de frais n'est pas due, non seulement en cas de congé de longue maladie ou de longue durée, mais même en cas de congé de maladie ordinaire. Le ministre a donc eu raison de traiter indistinctement, sur ce point, les différents types de congés de maladie.

Dans une quatrième et dernière branche du moyen, il est soutenu que le ministre ne pouvait pas, après avoir rappelé le principe de la suspension en cas de congé de maladie de treize indemnités regardées comme liées à l'exercice des fonctions ou représentatives de frais, prévoir de dérogation. Le ministre a de fait prévu deux dérogations, dont une seule est critiquée par les requérants. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le caractère exceptionnel du congé de maladie ordinaire paraît aux destinataires de la circulaire de nature à justifier le maintien d'une indemnité liée à l'exercice de la fonction ou représentative de frais. Le moyen d'incompétence se double d'un moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité de traitement.

En défense, le ministre soutient que vous avez admis, par votre décision Ajolet du 7 juillet 1999, la légalité d'une note comportant une mesure de bienveillance, puisqu'elle prévoyait le maintien de la prime de sujétions spéciales, pourtant liée à l'exercice des fonctions, en cas de congé de maladie ordinaire, de congés annuels ou de maternité. Cette jurisprudence vous permettra d'écarter le moyen d'incompétence. En revanche, elle ne dit mot de la rupture du principe d'égalité, qui n'était pas soulevée.

Pour autant, il nous semble possible d'écarter l'argumentation des requérants sur ce point. Certes, dans l'affaire Ajolet, la mesure critiquée correspondait à des situations clairement définies, n'appelant aucune appréciation subjective, à la différence de la présente

affaire. Mais l'atteinte au principe d'égalité ne nous paraît pas contenue dans l'énoncé de la dérogation. Elle ne pourrait être, le cas échéant, caractérisée que par des décisions individuelles, par exemple dans l'hypothèse où deux agents ayant pris des congés de maladie ordinaires identiques seraient traités de façon différente du point de vue d'une indemnité liée à l'exercice des fonctions ou représentative de frais.

Les cinq autres moyens des requêtes vous retiendront moins longtemps.

Il est soutenu que les agents de la fonction publique hospitalière seraient mieux traités que les agents de l'Etat. Mais, outre le fait que le moyen tire des conséquences erronées de votre décision du 26 février 2003, Assistance publique des hôpitaux de Paris, n° 223899, à mentionner aux Tables, vous jugez constamment que le principe d'égalité ne vaut qu'entre fonctionnaires appartenant à un même corps. Nous en sommes ici très loin.

Il est encore fait grief à la circulaire de méconnaître le décret du 21 février 1989 relatif aux indemnités de gestion et de responsabilité allouées aux personnels administratifs des services extérieurs de l'administration pénitentiaire ayant la qualité de comptable public, qui subordonne la suspension de ces indemnités à l'accord préalable du ministre chargé du budget. Mais la circulaire se borne à interpréter ce décret en regardant l'indemnité en cause comme attachée à l'exercice des fonctions.

L'UFAP conteste ensuite, par la voie de l'exception, la légalité de l'article 37 du décret du 14 mars 1986, qui exclut, ainsi qu'il a été dit, de la rémunération d'un agent en congé de longue maladie ou de longue durée les indemnités attachées à l'exercice des fonctions ou qui ont le caractère de remboursement de frais. Selon le syndicat, ces dispositions méconnaîtraient celles de l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984, qui n'excluent pas la perception en cas de congé de santé des indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire. Mais l'article 34 prévoit seulement que le fonctionnaire en congé de santé conserve son traitement ou la moitié de celui-ci ainsi que ses droits à la totalité du supplément familial de traitement et de l'indemnité de résidence. Il ne dit mot des indemnités accessoires. Au surplus, en articulant l'article 37 du décret de 1986, l'article 34 de la loi de 1984 et l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, ce que vous avez jugé par votre décision "Antilles-Guyane" du 28 décembre 2001 condamne l'argumentation de l'UFAP.

Il est encore reproché à la circulaire de méconnaître les dispositions de l'article 112 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, qui prévoit que la protection dont bénéficient les agents en services de l'administration pénitentiaire en vertu de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 couvre les préjudices qu'ils subissent à l'occasion ou du fait de leurs fonctions. Le syndicat lutte pénitentiaire en déduit que les personnels pénitentiaires ont des sujétions du fait de leurs fonctions, ce qui est exact, et qu'un agent peut prétendre aux éléments de sa rémunération dès lors qu'il a des sujétions du fait de sa fonction, et pas seulement dans l'exercice de ses fonctions. Si nous comprenons bien ce moyen, il consiste à soutenir qu'un agent de l'administration pénitentiaire en congé de maladie reste exposé à un

risque d'agression par un ancien détenu, ce qui justifierait le maintien des indemnités liées à l'exercice des fonctions.

Vous auriez pu être tentés d'écarter ce moyen au motif que la circulaire litigieuse est antérieure à la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité antérieure. Mais n'oublions pas que, par ses requêtes, le syndicat Lutte pénitentiaire vous demande d'annuler non pas la circulaire elle-même, mais les décisions des 17 mars et 22 mai 2003 par lesquelles le ministre a refusé d'abroger cette circulaire. Il nous semble toutefois que vous pourrez écarter le moyen comme dépourvu des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé, dans la mesure où le syndicat requérant n'indique pas quelles sont celles des treize indemnités citées par la circulaire qui ne seraient pas seulement liées à l'exercice des fonctions, mais correspondraient à des sujétions du fait des fonctions au sein de l'administration pénitentiaire.

La section de Bordeaux de l'UFAP soutient enfin que la circulaire est illégale en ce qu'elle abroge toutes dispositions antérieures et contraires, sans viser les textes concernés. Ce moyen manque partiellement en fait. En effet, parmi les textes abrogés, la circulaire vise expressément des notes des 9 mars et 8 avril 1998 prévoyant le maintien à titre exceptionnel de la prime de sujétions spéciales durant les trois premiers mois des congés de maladie ordinaires. Pour le reste, vous interprétez de façon constructive les dispositions du type de celles qui sont ici contestées, en affirmant même quelquefois, pour les valider, qu'elles ne peuvent avoir eu pour objet d'abroger certains textes (voyez Avis, 2 octobre 2002, Haut-Commissaire de la République en Polynésie française, n° 247767, T. p. 821). Le moyen sera donc écarté.

Vous rejetterez par conséquent toutes les requêtes. L'Etat, qui n'est pas la partie perdante, ne pourra être condamné à verser à l'UFAP et au syndicat local de l'UFAP des services pénitentiaires de Bordeaux les sommes qu'ils réclament sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Et par ces motifs, nous concluons au rejet des requêtes.