

N° 344801

M. B...

Section

Séance du 6 juillet 2012

Lecture du 27 juillet 2012

CONCLUSIONS

M. Damien BOTTEGHI, rapporteur public

Vous allez devoir tenter d'accorder la réalité à la fiction en donnant corps au principe selon lequel le fonctionnaire qui bénéficie d'une décharge de service pour l'exercice d'un mandat syndical¹ est réputé être en position d'activité. La formule se retrouve dans les trois lois statutaires, pour la fonction publique d'Etat, territoriale et hospitalière². A ce titre, le fonctionnaire doit être regardé comme « titulaire d'un grade (et exerçant) effectivement les fonctions de l'un des emplois correspondant à ce grade » et a droit à une rémunération fixée conformément aux dispositions de l'article 20 du titre I du statut³ – soit 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 (...) ».

Ce minimalisme législatif ne permet guère de déterminer le sort de tous les accessoires du traitement, qui sont nombreux et constituent souvent une part substantielle de la rémunération du fonctionnaire. Il paraît acquis que doivent être conservées les indemnités forfaitaires correspondant à des compléments fixes de traitement, qui sont réparées dans le montant de l'indemnité versée en réparation de l'éviction illégale du service (Assemblée, 7 avril 1933, *Deberles c/Commune d'Haillicourt*, n° 04711, p. 439, GAJA, 17^{ème} éd., n° 45⁴). Est plus ouverte la question du traitement à réserver aux autres primes et indemnités, notamment celles liées à l'exercice effectif de fonctions et à la manière de servir. Dans la mesure où, même s'ils sont réputés être en position d'activité, les fonctionnaires bénéficiant d'une décharge, surtout totale, n'exercent pas effectivement les fonctions, on pourrait considérer qu'ils n'y ont plus droit.

¹ Le mécanisme de crédit de temps syndical est régi par le décret n° 82-447 du 28 mai 1982, confirmé par le décret n° 84-954 du 25 octobre 1984 et, pour la fonction publique territoriale, par le décret n° 85-397 du 3 avril 1985.

² Pour la fonction publique d'Etat : l'article 33 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : l'article 56 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : l'article 97 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 ; pour la fonction publique territoriale : l'article 77 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

³ Soit la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dite Le Pors. Renvoi effectué, pour la fonction publique d'Etat, par l'article 64 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et, pour la fonction publique territoriale, par l'article 87 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984.

⁴ V. ensuite : Ass., 7 juin 1989, *O...*, n° 56627, p. 161 ; Section, 6 novembre 2002, *G...*, n° 227147, p. 376.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Nous avons proposé à vos 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies de dépasser la subtile casuistique de votre jurisprudence actuelle et de déterminer un cadre général. Il a été jugé préférable de soumettre à votre formation de jugement la pertinence de cette proposition, qui repose sur la conviction que vous devez fixer une règle plus conforme aux garanties constitutionnelles de l'action syndicale, plus en harmonie avec les protections équivalentes dans le secteur privé et en Europe et, enfin, plus simple et prévisible dans son application afin de garantir l'égalité dans les trois fonctions publiques.

* * *

1. – Il faut dire que la question de la rémunération des fonctionnaires bénéficiant de décharge d'activité pour raisons syndicales n'a pas obtenu de réponse uniforme jusqu'à présent. Etant précisé que nous ne traitons pas du cas des agents contractuels de droit public, pour lesquels les règles sont distinctes.

La circulaire FP n° 1487 du 18 novembre 1982 prise en application du décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique⁵, prévoit (point II. C. 1°), de manière générale, que les fonctionnaires en décharge d'activité « *doivent (...) continuer à toucher les indemnités liées au grade et à l'affectation qu'ils percevaient avant d'être déchargés de service* ». S'agissant des indemnités liées à l'exercice d'une fonction ou représentative de frais, cette question, est-il précisé, sera tranchée par une décision spécifique. En attendant l'intervention de cette décision, qui n'est jamais intervenue à notre connaissance, il est « *recommandé de maintenir les pratiques actuellement en vigueur dans ce domaine* ».

Ces pratiques, nous aurions voulu les connaître plus précisément, mais la direction générale de la fonction publique a préféré, malgré des relances, faire usage de son droit à garder le silence. Nous avons cependant pu recenser certaines circulaires ministérielles applicables, sans prétendre à l'exhaustivité. Dans l'Education nationale⁶, est prévu le maintien des indemnités et primes que les bénéficiaires d'une décharge d'activité percevaient au moment de l'attribution de cette décharge tant qu'elles avaient un caractère forfaitaire, excluant celles qui sont variables⁷. D'autres administrations vont plutôt dans le sens du maintien intégral de la rémunération, quel que soit le type de prime. Ainsi, le ministre chargé de la santé⁸ prévoit que l'exercice d'un mandat n'ayant pas à « *entraîner de conséquences financières négatives pour l'agent (...) il est nécessaire de veiller à maintenir le niveau de rémunération globale dont il disposait précédemment, notamment s'il perd, en raison de l'exercice de son mandat, le droit de bénéficier à certaines indemnités* »⁹. Une instruction¹⁰ du ministre de la défense (point 9.1.4) reprend exactement les mêmes termes.

⁵ JORF numéro complémentaire du 9 février 1983 page 1593.

⁶ Note de service n° 85-043 du 1^{er} février 1985 du ministre chargé de l'éducation nationale

⁷ Une autre administration préfère rester muette sur la question de la rémunération (circulaire CAB/C99-0001 du 20 avril 1999 du ministre chargé de l'agriculture relatives à l'exercice du droit syndical).

⁸ circulaire DAGPB/MDS n° 2006-220 du 19 mai 2006

⁹ Une circulaire n° 2010-276 du 19 juillet 2010 relative, dans le même secteur, aux modalités de gestion des personnels bénéficiant d'une décharge totale d'activité à titre syndical est venue préciser qu'en application de la circulaire de 2006, « les agents en DTAS perçoivent le taux moyen ou, si celui-ci est supérieur, continuent de percevoir le montant des primes dont ils bénéficiait avant (...), primes spécifiques comprises (ex : prime informatique) »

¹⁰ N° 310815/DEF/SGA/SRHC/DRH-MD/RSSF/1.

La pratique des autres ministères, et plus encore des collectivités territoriales ou de la fonction publique hospitalière, est difficile à connaître. Notre sentiment est que des arrangements sont généralement trouvés pour garantir le maintien de la rémunération, sans différencier nécessairement au sein des primes en fonction de leur caractère forfaitaire ou variable, ou même leur nature. Mais ce n'est pas systématique, comme le prouvent les faits de l'espèce qui justifient que vous vous prononciez sur les règles de rémunération des fonctionnaires en décharge d'activité.

2. – A discrétion de l'administration, sans surprise, rareté de la jurisprudence. Vous n'avez ainsi, à notre connaissance, rendu que deux décisions significatives dont la combinaison, selon l'euphémisme adapté en la circonstance, n'est pas aisée...

Vous avez d'abord traité du cas de la nouvelle bonification indiciaire (NBI) en appliquant la grille de lecture *Deberles* propre à l'éviction illégale de service, qui entretient une parenté apparente puisqu'il s'agit de la prise en charge financière en l'absence de service fait. Vous avez jugé que les titulaires d'une décharge totale d'activité pour exercice d'un mandat syndical ne remplissent pas la condition d'exercice effectif des fonctions et ne peuvent prétendre au maintien de la NBI (27 juillet 2005, *Mme M... et autres*, n° 255395, au R. entre autres sur ce point¹¹). Si l'on en croit votre commissaire du gouvernement dans cette affaire, vous avez estimé que la perte de la NBI était au nombre des « *inconvenients* » du choix de l'activité syndicale et que cet inconvénient ne contrevenait pas à la liberté syndicale et aux garanties constitutionnelles qui lui sont associées. La suppression de la NBI s'impose du seul fait que l'agent n'exerce plus effectivement les fonctions qui y ouvrent droit, « *sans qu'entre en considération le fait que cette cessation (soit) liée à l'exercice de responsabilités syndicales* ».

Vous avez ensuite été confrontés à une prime de service et de rendement dont le versement avait été supprimé à un fonctionnaire territorial en décharge partielle d'activité (7 juillet 2008, *B...*, n° 295039, aux T., ccl. A. Courrèges). Vous avez annulé cette décision en considérant qu'il résultait des articles 8 et 9 de la loi du 13 juillet 1983, qui garantissent le droit syndical, et de la fiction de la loi réputant le fonctionnaire en activité que « *le fonctionnaire territorial auquel est attribuée une décharge partielle de service a droit, durant l'exercice de son mandat, au versement, sur la base d'un temps plein, des primes de service et de rendement qui lui sont attribuées au titre des fonctions qu'il continue d'exercer et ce, au taux effectivement constaté* »¹².

3. – En jugeant ainsi, vous avez nécessairement infléchi la décision précédente en remettant en cause, pour apprécier le droit à percevoir une prime ou une indemnité lors d'une décharge syndicale, le critère de l'« *exercice effectif des fonctions* » puisque vous avez ouvert un droit au maintien d'une prime de rendement à taux variable – soit une prime liée non

¹¹ V. avant, dans cette veine : CAA de Lyon, 16 janvier 1998, n° 94LY21618, AFJP 1998 p. 25.

¹² Suivant un raisonnement similaire, la cour administrative d'appel de Lyon a jugé qu'un fonctionnaire bénéficiant d'une décharge syndicale pouvait percevoir l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires (CAA de Lyon, 19 septembre 2006, n° 03LY00458), invalidant une décision précédente de la cour de Paris (CAA de Paris, 3^e ch. A., 25 février 2004, n° 00PA01730).

seulement à l'exercice des fonctions mais à la manière de servir du fonctionnaire¹³. Vous n'avez donc pas voulu inférer du précédent relatif à la NBI une règle d'exclusion de versement ou de maintien de toute prime liée à l'exercice effectif de fonction. Les très stimulantes conclusions d'Anne Courrèges montrent le souci de refuser une ligne de partage entre les primes et indemnités qualifiées de « *statutaires* », qui seraient maintenues, et les primes liées à l'« *exercice effectif des fonctions* », qui ne le seraient jamais.

Ce choix est justifié, d'abord parce que, en tout état de cause, la portée actuelle de la jurisprudence *Deberles* n'est plus fondée sur le seul critère de l'exercice effectif des fonctions et parce que, fondamentalement, cette approche est inadaptée au cas des fonctionnaires en décharge d'activité.

A. – Vous savez que, par l'arrêt *Deberles*, vous avez substitué une logique indemnitaire à la théorie du traitement, jugeant excessive l'application du très orthodoxe principe du rappel intégral du traitement et des indemnités accessoires à la suite d'une annulation contentieuse. A ce titre, vous réparez (v. ccl J-H Stahl sous Sect., 6 novembre 2002, *G...*, n° 227147, p. 376, RFDA 2003 n° 5, p. 984), outre le traitement, les primes et indemnités rémunérant une « *fonction fixe et permanente* » mais non celles liées à l'exercice effectif des fonctions, faute de service fait¹⁴. Ce paysage a toutefois été modifié par votre décision *S...* (18 juillet 2008, n° 304962, au R.) réparant la perte d'une indemnité de service proportionnelle au traitement et liée aux sujétions particulières des magistrats en poste. Après avoir tenté de limiter la portée de cette décision (25 novembre 2009, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Marie-Thérèse B...*, n° 324285, aux T.), vous avez confirmé cette nouvelle approche en évaluant le droit au remboursement d'une prime non pas en raison de l'absence d'exercice effectif des fonctions mais en raison de l'objet de la prime en litige qui était de compenser les charges liées aux fonctions exercées (pour l'indemnité dite d'expatriation : 10 juin 2011, *Ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et européennes c/Mme P...*, n° 342600, aux T. sur ce point, à nos conclusions et à nos conclusions).

Où l'on voit que, même si l'on suit la logique *Deberles*, le critère n'est plus tant celui de l'exercice effectif des fonctions mais de la nature compensatoire des primes ou indemnités servies.

B. – En tout état de cause, la logique même de la jurisprudence *Deberles* ne peut pas trouver à s'appliquer dans le cas des fonctionnaires bénéficiant de décharges syndicales. D'une part, il n'est pas question de déterminer une indemnité mais de fixer la rémunération d'un fonctionnaire qui est réputé être en activité – et qui, d'ailleurs, s'il n'est pas en décharge totale, continue à occuper effectivement un emploi. Contrairement aux reconstitutions de carrière, la situation n'est pas toujours fictive et ne doit pas nécessairement être recréée. D'autre part, et plus fondamentalement, le critère de l'exercice effectif des fonctions est la négation pure et simple du choix du législateur de réputer en activité le fonctionnaire en décharge. Un fonctionnaire évincé du service n'a pas occupé de fonctions et aucun texte

¹³ Et la solution que vous avez prise ne tient pas au seul fait que l'intéressé était, dans cette affaire, en décharge partielle ; vous n'auriez pas prévu ou sinon le maintien des primes sur la base d'un temps plein. C'est une solution à portée générale.

¹⁴ On trouve entre autres dans cette catégorie les avantages en nature (6 mars 1987, *S...*, n° 40905, T. p. 806), l'indemnité représentative de frais réels (Assemblée, 5 juin 1959, *Augé*, p. 348), une indemnité d'éloignement (Section, 26 janvier 1962, *Sieur G...*, p. 68). C'est également le cas pour les primes de rendement (*V...* précitée) ou l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires (*G...*, 6 novembre 2002, précitée).

n'exige que vous le supposiez. Pour le fonctionnaire bénéficiant d'une décharge, au contraire, le législateur impose de partir de l'idée qu'il occupe effectivement un emploi.

A cet égard, la situation est différente de celle des congés maladie, auquel cas votre jurisprudence examine le point de savoir si une prime ou une indemnité est liée à l'exercice des fonctions. A titre d'exemple, n'est pas conservée l'indemnité de sujétions spéciales des personnels des services actifs de la police, qui est allouée en raison de la nature particulière de leurs fonctions et des missions (10 janvier 2003, n° 221334, *Ministre de l'Intérieur c/L...*, aux Tables p. 832). De même, s'agissant de la majoration de traitement attribuée aux fonctionnaires en service dans les DOM (28 décembre 2001, n° 236161, *Syndicat lutte pénitentiaire de l'Union régionale Antilles-Guyane*, aux T. p. 1060) ou de l'indemnité forfaitaire allouée aux magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, instituée pour rémunérer les services et compenser les sujétions qui trouvent leur origine dans l'exercice des fonctions (17 mars 2004, *N...*, n° 248508-251027, au Recueil p. 137). En revanche, l'agent pourra conserver une indemnité accessoire au traitement et non attachée à l'exercice des fonctions (10 octobre 2007, n° 289276, *Ministre c/Mme O...*, à mentionner aux Tables ; 17 juin 2005, n° 267479, *Ministre de l'Education Nationale c/R...*, aux Tables p. 937).

Si vous raisonnez de cette manière, c'est parce que le statut ne prévoit¹⁵, en cas de congé maladie, que le maintien du « *traitement* »¹⁶, ou d'une partie de celui-ci, ainsi que du supplément familial de traitement et de l'indemnité de résidence – alors que, pour les fonctionnaires bénéficiant d'une décharge, est prévu le maintien de la « *rémunération* ». Or vous savez que ces termes ont une portée distincte. Et le décret n° 86-442 du 14 mars 1986 exclut les indemnités accessoires « *attachées à l'exercice des fonctions ou qui ont le caractère de remboursement de frais* ». Rien de tel pour les fonctionnaires en décharge d'activité syndicale.

C'est pourquoi la décision *B...* (7 juillet 2008, n° 295039) a eu raison de lire dans la décision précédente une position plus propre à la NBI qu'une exclusion de principe des primes liées à l'exercice effectif des fonctions ou à la manière de servir.

4. – Ceci dit, elle est assise sur une distinction reposant sur la nature de la rémunération complémentaire. La décision se fonde en effet sur les dispositions applicables à la prime en litige, ce qui prouve que vous avez suivi les conclusions d'Anne Courrèges qui vous invitait à distinguer entre, d'une part, les primes liées à l'emploi ou au poste et, d'autre part, celles liées à la personne. Ce qui induit une casuistique, « *selon les caractéristiques de chaque prime* », nécessitant de faire le tri selon l'« *objet* » et la « *nature* » de chaque indemnité liée à l'exercice effectif des fonctions. Celles liées au poste, comme la NBI, seraient exclues ; celles relatives à la personne, comme une prime de service ou de rendement, seraient maintenues.

¹⁵ Article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 (FPE) ; article 57 de la loi n° 84-53 (FPT) ; article 41 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 (FPH).

¹⁶ Encore que le terme « *traitement* » n'ait pas toujours le même sens dans la loi, puisque l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984 prévoit « un congé annuel avec traitement » et que c'est dans ce cas, évidemment, la rémunération qui est conservée.

C'est une approche subtile, qui requiert des qualifications délicates. Si l'on comprend intellectuellement la distinction, il est en pratique difficile de faire le départ, au sein des innombrables régimes sédimentés de primes et d'indemnités, non seulement entre celles qui sont des avantages statutaires et celles qui sont liées à l'exercice de fonctions mais, au sein de ces dernières, entre celles qui sont inhérentes à l'emploi occupé et celles qui sont liées à la personne qui l'occupe. On doit par ailleurs prendre en considération le fait bien connu que des primes exceptionnelles ou liées à l'exercice des fonctions dans les textes sont, en pratique, des accessoires stables et continus du traitement. On doit enfin constater que la distinction esquissée par votre jurisprudence perd de son sens avec la mise en place, par le décret n° 2008-1533 du 22 décembre 2008, de la « *prime de fonctions et de résultats* » (PFR) qui a vocation à remplacer, pour la fonction publique d'Etat, toutes autres indemnités liées aux fonctions et à la manière de servir¹⁷. L'article 2 du décret définit la part fonctions de la PFR comme celle « *tenant compte des responsabilités, du niveau d'expertise et des sujétions spéciales liées aux fonctions exercées* ». En mêlant ainsi l'aspect personnel et fonctionnel des primes, elle rend la distinction jurisprudentielle encore moins opérationnelle.

Au-delà de ces raisons pratiques, la ligne de partage dessinée par la jurisprudence semble ne pas avoir d'objectif et résulte d'un raisonnement dont la prémisse contestable est qu'un fonctionnaire bénéficiant d'une décharge d'activité pour raisons syndicales n'a en principe pas droit au maintien de toute sa rémunération.

5. – C'est un défaut de perspective que nous vous proposons de corriger en partant d'un postulat inverse.

Trois séries de considérations militent en ce sens.

5.1. – La première tient à la neutralité que l'employeur doit conserver au regard de l'acte syndical, qui prend corps dans l'assurance du maintien de la rémunération antérieurement servie, primes comprises.

A/ C'est, fondamentalement, la portée de la fiction statutaire de la position d'activité. Certes, en théorie, l'occupation effective d'un emploi est une notion distincte de celle de l'exercice effectif de fonctions mais il n'est guère douteux que le législateur a réputé que le fonctionnaire devait être regardé comme occupant effectivement l'emploi. Ce qui induit que doivent être servies primes et indemnités valables en cas d'activité, sans distinction entre les types de primes et indemnités, dès lors que l'article 20 fait mention des « *indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire* » et que l'article 33 pose l'assimilation en principe.

Cette exigence de continuité est celle que vous avez adoptée dans le cas des fonctionnaires mis à disposition, qui répond à un cadre juridique similaire à celui de la décharge d'activité, le statut les réputant aussi en activité dans leur corps et poste d'origine.

Ainsi, peut être accordée à un fonctionnaire mis à disposition une indemnité à laquelle il avait droit dans son administration d'origine (28 octobre 1998, C..., n°188172, aux

¹⁷ A l'exception de certains dispositifs, fixés par l'arrêté du 22 décembre 2008 pris en application de l'article 7 du décret.

T.), de même qu'il peut conserver une indemnité d'exercice de missions des préfectures, une prime liée à l'exercice effectif des fonctions, dès lors qu'il en bénéficiait à la préfecture de la Moselle avant d'être mis à disposition du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie (18 décembre 2008, *Ministre de l'outre-mer c/Mme D...*, n° 296122, aux T. sur un autre point, ccl. J. Burguburu ; deux autres décisions inédites du même jour : *Ministre de l'outre-mer c/ M. Robert N... et autres*, n° 299968 ; *Ministre de l'outre-mer c/ M. L...*, n° 300004¹⁸). Puisque la loi a supposé que le fonctionnaire mis à disposition est « *réputé occuper son emploi* » et « *continue à percevoir la rémunération* », vous en avez déduit que les fonctionnaires mis à disposition « *peuvent prétendre au versement de l'indemnité (...), dans le cas où ils occupaient, au moment de leur mise à disposition, un emploi dans une préfecture ouvrant droit à cette indemnité* ». Vous avez confirmé cette logique de cristallisation en permettant à un fonctionnaire de la police nationale mis à disposition de conserver une indemnité de fidélisation en secteur difficile, alors même qu'il ne se trouve plus dans un tel secteur et ne remplit donc plus les conditions légales (19 octobre 2011, *Ministre de l'intérieur c/ Mme Colette S...*, n° 332216, inédite). Ce faisant, vous êtes revenus sur la jurisprudence que vous aviez déployée sous l'empire de textes antérieurs au statut, quand la mise à disposition n'était qu'une construction jurisprudentielle (Sect., 23 décembre 1966, n° 64553, *J...*, n° 64553, au R. p. 691 ; 12 novembre 1990, *Mme L... c/Centre hospitalier général d'Elbeuf*, n° 104470, aux T. p. 997).

Le principe est la garantie de rémunération, requis par l'exigence de ne pas vider la mise à disposition de tout attrait ou intérêt. Vous devez, par rapport à ce choix, assurer une cohérence sans cependant que la réponse générale que vous allez apporter aujourd'hui pour le bénéfice d'une décharge d'activité n'induisse nécessairement toutes les réponses pour les mises à disposition. Dans ce dernier cas, face à des pratiques administratives diverses¹⁹, les conventions de mise à disposition²⁰ peuvent probablement prévoir une prise en charge des accessoires du traitement par l'administration d'accueil, arrangement tout autant permis par la possibilité, ouverte depuis le décret du 26 octobre 2007, d'assurer un « *complément de rémunération* »²¹ ainsi que par le mécanisme de reversement de la rémunération de l'administration d'accueil à l'administration d'origine. On soulignera enfin qu'une mise à disposition nécessite l'accord de l'intéressé, qui a un nouvel employeur – quand le fonctionnaire bénéficiant d'une décharge oppose au même employeur un droit. Les situations doivent être distinguées, malgré leur proximité juridique.

¹⁸ Contrairement à ce que l'on peut lire parfois, les décisions antérieures n'ont pas jugé que le fonctionnaire mis à disposition ne pouvait plus bénéficier des primes et indemnités liées à son corps d'origine. Ce n'est notamment pas la portée de la décision 10 juin 1991, *B...* (n° 89037, aux T., Dr. Adm. 1991, n° 373) qui est une hypothèse particulière.

Cette décision est nécessairement revenue, nous semble-t-il, sur une décision antérieure ambiguë, regardant les conditions au fond (28 octobre 1998, *C...*, n° 188172, aux T.)

¹⁹ Certains agents mis à disposition ne perçoivent de leur administration d'origine que leur traitement et certains accessoires, complétés par l'administration d'accueil – c'est notamment le cas pour les emplois de cabinet, dont le régime est particulier. Beaucoup d'autres reçoivent également les primes statutaires voire, dans certains cas, des primes de rendement. Ces arrangements sont toujours possibles, et l'existence de conventions de mise à disposition¹⁹ les permet probablement. Il n'empêche que vous avez estimé qu'en droit, le principe est de ne pas désavantager financièrement l'agent mis à disposition, et donc de maintenir les primes et indemnités, y compris liées à l'exercice effectif de fonctions, auxquelles son emploi initial ouvrait droit.

²⁰ Actuel article 41 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

²¹ Article 7, II du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985, modifié en dernier lieu par le décret n° 2010-467 du 7 mai 2010.

B/ D'autant plus qu'est absent dans le cas de la mise à disposition l'arrière-plan constitutionnel et conventionnel, qui est décisif.

Nul n'est besoin de rappeler longuement que l'alinéa 6 du Préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie celle de 1958, dispose que « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale* » et que, surtout, l'alinéa 8 prévoit que « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Le Statut exprime, à l'article 8 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, cette même exigence en prévoyant que « *Le droit syndical est garanti aux fonctionnaires* » et que « *Les intéressés peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et y exercer des mandats* ». De son côté, l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit l'exercice de la liberté syndicale et limite les restrictions qui peuvent y être apportées.

L'effectivité de ces principes requiert que l'activité syndicale ne soit pas découragée par une perte de rémunération, qui peut être conséquente si l'on enlève de la rémunération tout ou partie des accessoires de traitement. La garantie de rémunération du déchargé pour activité syndicale est une garantie de l'indépendance de l'activité syndicale. Plus généralement, nous sommes sensibles au souci de ne pas décourager la vocation sociale et de fournir aux administrateurs des interlocuteurs de qualité, objectif qui ne serait pas atteint si les intéressés voyaient leur rémunération baisser substantiellement.

5.2. – Une deuxième série de considérations tient à ce qu'aucune raison ne justifie que les garanties des fonctionnaires soient en retrait, sur ce point, à celles des salariés, dans un cadre constitutionnel commun et pour l'application de dispositions similaires.

Les représentants du personnel disposent dans les entreprises d'heures de décharge, lesquelles « *sont de plein droit considérées comme temps de travail et payés* », selon l'article L. 2143-17 du code du travail dont la rédaction et l'esprit sont très proches de celles des règles statutaires. Sur ce fondement, la Cour de cassation a posé comme principe, d'une manière si constante que nous n'avons pas réussi à en trouver le point de départ, que le représentant du personnel ne doit subir « *aucune perte de rémunération du fait de l'exercice de sa mission* » (en autres : Cass. Soc., 5 octobre 1999, n° 9742.447 ; Cass. Soc. 14 mars 1989, Bull. civ. V, n° 212). L'exercice des fonctions syndicales doit être intégralement neutralisé et le salarié être rémunéré comme s'il avait travaillé normalement. Par conséquent, toute prime ou élément de rémunération servant à compenser une sujétion liée à l'emploi, ayant de ce fait un caractère « salarial », sera conservé. Comme l'écrit la Cour de cassation : un représentant « *ne peut être privé du fait de l'exercice de son mandat du paiement d'une indemnité (...) compensant une sujétion particulière de son emploi qui constitue un complément de salaire* » (v., notamment : 17 mai 2006, n°s A 04-41.600, B 04-41.601, C 04-41.602)²².

²² Sur les années récentes, la Cour de cassation a, nous semble-t-il, mis en sourdine, le critère du caractère forfaitaire de l'indemnité pour s'attacher à identifier si la sujétion couverte par l'indemnité est inhérente à l'emploi occupé.

Selon cette logique, les primes liées à l'exercice effectif de fonctions peuvent être conservées, sans qu'il y ait lieu de distinguer, comme vous le faites, entre celles qui sont liées à l'emploi ou à la personne. Le représentant du personnel peut conserver toutes les primes réunissant les caractères de généralité, constance et fixité (Cass. crim., 10 juin 1997, n° 95-83892, bull. crim. 1997 n° 231). C'est le cas d'une prime de repas (Soc. 7 février 1990), d'une prime d'insalubrité (Cass. crim., 4 mai 1979, n°78-91710, bull. crim. n°162), d'une prime de douche (Cass. soc., 2 juin 1992, n°88-45662, bull. V n°365), d'une prime de panier (Cass. soc., 8 juillet 1992, n°89-42563, bull. V n°445) ou d'une prime d'habillement-déshabillage au profit des ouvriers en ateliers (Cass. soc., 13 octobre 2004, n°02-47725, bull. V n°259). Dès lors qu'il s'agit d'accessoires du salaire, ces primes sont acquises au représentant du personnel.

5.3. – La dernière série de considérations tient au climat européen et conventionnel.

a) Dans les principes pays d'Europe, tant les fonctionnaires que les salariés pouvant bénéficier de décharges d'activité pour fonction syndicale sont garantis contre une perte de salaire ou de rémunération.

Par exemple, en Allemagne, en vertu de la loi constitutionnelle sur le personnel de la fonction publique²³ (art. 46 §2), « *la diminution du temps de travail pour exécuter adéquatement les tâches liées à la qualité de membre du comité du personnel n'entraîne pas une réduction de la rémunération ou du salaire* »²⁴. En Belgique, les fonctionnaires qui sont délégués syndicaux temporaires reçoivent leur plein traitement, étant présumés se trouver sur le lieu d'exercice de leur travail lorsqu'ils bénéficient des congés syndicaux ou des dispenses de service²⁵. Enfin, en Espagne, conformément au statut fondamental des emplois publics (art. 41) et selon une jurisprudence constante du tribunal constitutionnel²⁶, les délégués et membres des comités d'entreprise ont droit de recevoir non seulement leur salaire de base, mais aussi toute prime et allocation auxquelles ont droit leurs collègues ne bénéficiant pas d'une décharge d'activité pour activité syndicale.

b) Autre signe du climat continental : la recommandation n° 143, qui précise la convention n° 135 de 1971 de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant les représentants des travailleurs, stipule (IV. Point 10, (1)) que « *les représentants des travailleurs dans l'entreprise devraient bénéficier, sans perte de salaire ni de prestations et avantages sociaux, du temps libre nécessaire pour pouvoir remplir leurs fonctions de représentation dans l'entreprise* ». La règle ne s'applique certes pas à la fonction publique, mais nous y voyons un argument confortatif de l'exigence de maintien de la rémunération.

²³ *Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG)*

²⁴ Pour les salariés, la règle est tout aussi explicite : les membres du comité d'entreprise (*Mitglieder des Betriebsrats*) « *doivent être libérés de leur emploi sans perte de salaire, dans la mesure où cela est nécessaire pour la bonne exécution de leurs fonctions [syndicales]* » (article 37 §2 de la loi constitutionnelle sur les entreprises, *Betriebsverfassungsgesetz*).

²⁵ Article 86 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984

²⁶ V. à titre indicatif, Tribunal constitutionnel espagnol, arrêt du 12 février 2001, n° 43/2001 (à propos de la prime de travail « rotatif » des policiers) et arrêt du 26 juillet 2001, n° 173/2001 (à propos d'une prime de performance de portée générale).

Pour toutes ces considérations, nous pensons que la prémisse du raisonnement doit être la poursuite du versement de la rémunération, primes et indemnités comprises.

6. – Nous devons maintenant apporter deux précisions sur la portée de ce que nous vous proposons de juger.

6.1. – La première est qu'il nous paraît inutile de réserver un sort spécifique aux primes liées à la manière de servir, comme les primes de rendement, calculées en fonction d'un taux déterminé par l'autorité hiérarchique.

Il n'existe, tout d'abord, pas d'obstacle de principe à ce que soit maintenu le versement d'une prime variable, qui est un accessoire de traitement de même nature que les autres, même si ses modalités de calcul sont spécifiques. La Cour de cassation permet le maintien d'une prime de rendement (Cass. Soc., 30 juin 1998, n° 96-42.490) ou d'une prime variable d'objectif (Cass. Soc., 6 juillet 2010, n° 09-41.354). De votre côté, vous avez déjà accepté le maintien d'une prime variable, autant dans le cas d'une mise à disposition, dans l'affaire C... précitée de 1998²⁷, que dans le cas d'une décharge d'activité syndicale, il est vrai partielle, dans la décision B... (7 juillet 2008, n° 295039). Le caractère forfaitaire ou variable de la prime n'est donc pas déterminant et il ne vous a pas arrêtés pour l'instant.

Ceci dit, le traitement d'une prime à taux variable dépend du degré de décharge d'activité.

Si le fonctionnaire bénéficie d'une décharge d'activité partielle, le taux à appliquer sera celui fixé pour la part d'activité réalisée par le fonctionnaire, extrapolé en taux plein, comme vous l'avez jugé dans la décision B... (7 juillet 2008, n° 295039). Certes, l'activité syndicale peut avoir un effet sur la manière de servir. Mais l'exigence de maintien de rémunération, dans le cas où l'activité se continue partiellement, ne peut prémunir de l'appréciation de la qualité du travail qui reste à effectuer, les objectifs devant de toute manière être accordés par l'employeur en fonction du temps réellement travaillé. Notez toutefois que la Cour de cassation a exigé qu'une prime d'activité – en l'espèce, subordonnée à la réalisation d'objectifs fixés en nombre d'entretiens commerciaux réalisés par le salarié – soit calculée sur la base, pour la part correspondant au temps travaillé, d'objectifs réduits à la mesure de ce temps et, pour la partie d'activité correspondant à son mandat, au montant moyen (Cass. Soc., 6 juillet 2010, n° 91-41.354, publié au bulletin et au rapport). C'est une construction sophistiquée qui, *in fine*, est moins favorable au salarié que votre décision B... ne l'est pour le fonctionnaire. Pour vous, ce dernier peut obtenir les primes équivalant à un taux plein si son travail est de qualité quand, pour un salarié, il n'aura droit qu'au taux moyen quelle que soit la qualité de son travail par ailleurs. Nous trouvons la solution B... plus équitable, et surtout plus simple à mettre en œuvre. Vous devriez vous y tenir.

En cas de décharge totale d'activité, la situation est différente puisque, évidemment, l'appréciation de la manière de servir ne peut avoir lieu. La question se pose donc de savoir comment déterminer le taux à appliquer. Il nous semble que le taux devrait être celui attribué avant la décharge totale. L'autre possibilité serait d'appliquer un taux moyen observé entre les

²⁷ Une indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires comme son nom ne l'indique pas, est calculée en fonction d'un taux variable...

autres fonctionnaires exerçant effectivement leurs fonctions. Mais ce choix a le défaut rédhibitoire d'avantager un agent médiocre ou à l'inverse de pénaliser un très bon agent et paraît ainsi source d'une inégalité de traitement. La cristallisation paraît, au contraire, de nature à assurer la neutralité de la décharge d'activité, en assurant que l'agent ne soit ni avantage, ni désavantage par le choix syndical – alors qu'au demeurant, il n'est pas déraisonnable de penser que la qualité professionnelle ne varie pas de façon sensible. Toute autre solution reviendrait non au juge mais au législateur, comme il l'a fait pour traiter de l'avancement (art. 77 de la loi du 26 janvier 1984 et décret n° 82-447 du 28 mai 1982).

6.2. – La deuxième précision est que, comme vous l'aurez deviné, la proposition que nous vous faisons ne se présente pas exactement dans les mêmes termes en cas de décharge d'activité partielle ou totale.

Dans le premier cas, c'est la continuité qui prévaut. La situation du fonctionnaire évoluera comme celui des agents en activité, puisqu'il est encore partiellement en activité. Les réformes statutaires s'appliqueront à sa situation et il pourra voir sa rémunération diminuée si sa manière de servir est jugée plus faible.

En revanche, si le fonctionnaire bénéficie d'une décharge totale, la continuité revient plutôt à une cristallisation, une situation qui présente l'avantage d'assurer la neutralité du choix de l'activité syndicale mais présente certains inconvénients. Il faudra notamment déterminer quelle attitude adopter si est en litige une prime instituée après la décharge totale ou si, en raison d'une réforme ou d'une revalorisation importante, un décrochage s'installe entre les fonctionnaires en décharge totale et ceux qui sont en activité. Le principe du maintien n'est pas celui de l'alignement et il ne nous paraît pas impossible qu'il y ait un décrochage progressif – mais l'administration a certainement le loisir de procéder à l'alignement. A l'inverse, on ne peut exclure que la situation du fonctionnaire bénéficiant d'une décharge devienne, compte tenu des évolutions statutaires, avantageuse. La question de savoir comment traiter ces situations doit être réservée ; vous devrez évaluer les conséquences par rapport à des situations particulières. Ce que vous jugez aujourd'hui ne tranche pas réellement ces questions. Ce qui est certain, pour autant, c'est que sur le plan administratif le choix de la neutralité autonomise la rémunération des fonctionnaires bénéficiant d'une décharge totale d'activité par rapport aux autres agents.

Cette indécision peut être source de frustration ou d'inquiétude. Mais nous vous rappellerons que nous vous proposons une règle qui a vocation à s'appliquer par défaut, faute pour l'administration d'avoir voulu clarifier, depuis presque trente ans, l'accommodante fiction du législateur. A votre niveau – le confort de la fiction ne vous étant pas autorisé – il vous faut fixer une règle garantissant l'effectivité du droit syndical, cohérente avec la jurisprudence judiciaire et aisée à mettre en œuvre. Cet arbitrage aboutit à une règle de cristallisation qui n'est que l'expression d'une exigence de neutralité : il ne faut pas dissuader ou encourager l'activité syndicale. Ni faveur ni défaveur – en d'autres termes. Seule la législation ou la réglementation peut affiner davantage un système que le juge ne peut mettre en place seul.

* * *

7. – Si le principe de maintien du traitement et de ses accessoires doit être postulé, il nous paraît toutefois justifier d'exclure certains accessoires dont l'objet est la compensation de frais ou de sujétions spécifiques directement liés aux conditions matérielles d'exercice.

7.1. – La Cour de cassation n'a posé comme limite que les indemnités représentatives de frais. Elle a ainsi écarté une prime gratifiant les conducteurs d'engins n'ayant pas eu d'accident, en relevant que cette prime était liée à la conduite effective de ces engins (Cass. Soc., 10 décembre 2008, n° 07-40152). Elle a, de même, écarté le paiement d'indemnités de déplacement de nuit versées au personne roulant de la SNCF, qui sont liées au déplacement effectif de l'agent (Cass. Soc., 13 juillet 2004, n° 02-44342). Pour identifier ces indemnités, elle recherche si elles doivent être versées par l'employeur après justifications de « *frais réellement exposés* » (v., pour la méthode, nt. : Cass. Soc., 19 décembre 2007, n° T. 06-44.936), même de manière forfaitaire (Cass. Soc., 3 mars 2010, n° A0844859, publiée). Toute autre prime est conservée, y compris celle indemnisant des sujétions auxquelles le salarié n'est plus exposé.

Cette position est particulièrement rigoureuse. Si vous devez la prendre en considération, elle ne s'impose toutefois pas à vous. Il serait à nos yeux choquant de maintenir, outre les indemnités représentatives de frais, les indemnités compensant des conditions particulières d'exercice du travail qui ont disparu. Nous pensons aux primes liées à l'affectation géographique – ainsi des primes d'expatriation –, au travail de nuit, aux astreintes, ... Soit des primes et indemnités dont l'objet est de compenser des charges ou des sujétions particulières. A moins que le fonctionnaire en décharge soit encore exposé à ces obligations, il est illégitime qu'il en conserve le bénéfice alors qu'il n'y a plus de sujétions à subir et donc à compenser. Il s'agirait d'un enrichissement indu et d'une source d'iniquité.

Cette solution nous semble cohérente avec le cadre de la mise à disposition, l'article 7 du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 (v. 25 juillet 2001, *Mme de B...*, n° 206097, inédit, ccl. A Roul) prévoyant l'indemnisation des « *frais et sujétions auxquels (l'agent) s'expose dans l'exercice de ses fonctions suivant les règles en vigueur* » dans l'organisme d'accueil – ce qui, par un *a contrario* peu douteux, permet de considérer que l'administration d'origine ne continue pas à servir les indemnités liées aux conditions matérielles de travail²⁸. Elle suit également une logique proche de celle suivie par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) pour régler une question qui présente de très fortes similarités – le cas d'une travailleuse affectée provisoirement sur un autre poste pendant la durée de sa grossesse (CJUE, 3^{ème} chambre, 1^{er} juillet 2010, C-471/08, *Sanna Maria Parviainen c/Finnair Oyj*, Rec. 2010 page I-06533). La cour a estimé que la travailleuse enceinte provisoirement affectée sur un autre poste a droit « *aux éléments de la rémunération ou aux primes qui se rattachent à son statut professionnel telles que, notamment, les primes se rattachant à sa qualité de supérieur hiérarchique, à son ancienneté et à ses qualifications professionnelles* » mais qu'en revanche les Etats membres n'étaient pas tenus « *de maintenir (...) les éléments de la rémunération ou les primes qui dépendent de l'exercice (...) de fonctions spécifiques dans des conditions particulières et qui visent essentiellement à compenser les inconvénients liés à cet exercice* ». »

²⁸ Vous avez d'ailleurs réservé le cas de primes réservées à des fonctionnaires accomplissant leur service hors ou sur le territoire national (outre *B...* (v. note 17), 3 juillet 2006, *F...*, n° 277462, aux T. ; 5 mai 2010, *J...*, n° 309973, inédite)

7.3. – Nous n’envisageons pas d’autres exclusions que ces indemnités liées aux conditions matérielles de travail, compte tenu du principe de continuité qui doit vous guider. La ligne de partage serait ainsi claire : maintien des primes et indemnités constituant des accessoires de rémunération inhérents à l’emploi occupé avant la décharge, y compris celles liées à l’exercice effectif de la fonction ou à la manière de servir ; perte des primes et indemnités dont l’objet est de compenser des frais ou des charges particulières liées aux conditions matérielles de travail (horaire ou durée de travail ou lieu d’exercice).

Il nous paraît impossible d’étendre le champ des exclusions, en mettant notamment de côté les indemnités qui peuvent être attachées à certains emplois comportant l’exercice d’une responsabilité ou une technicité particulière, notamment d’encadrement. C’était l’inspiration de la décision *Mme M...* (27 juillet 2005, n° 255395). On pourrait considérer qu’il faut encore la réserver, pour le cas très spécifique de la NBI, indemnité fondamentalement liée à la fonction (art. 27 de la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991²⁹) et au sujet de laquelle vous avez développé une jurisprudence rigoureuse la liant strictement à l’emploi y ouvrant droit (nt. : 9 septembre 1994, *W...*, n° 133640 ; aux T., p. 1109 ; Sect., *Mme S...* 6 novembre 2002, n° 223041, R. p. 369). Il n’est peut-être pas impossible d’isoler la position que vous avez prise pour la NBI. Rien ne justifie pourtant réellement que vous vous écartiez, pour cette prime spécifique, du principe du maintien de la situation pécuniaire de l’emploi d’origine. Comme nous espérons l’avoir montré, la distinction entre l’emploi occupé et les fonctions exercées est périlleuse, l’approche par le critère de l’exercice effectif des fonctions est inadaptée et l’accent mis sur les garanties syndicales doit être réévalué. En outre, l’enjeu du sort de votre précédent doit être relativisé : la question de la NBI, si elle demeure, va devenir historique, puisqu’elle est appelée à disparaître à terme pour se fondre dans la PFR.

* * *

Si vous nous suivez, vous devrez annuler la décision du tribunal administratif de Paris réglant la situation de M. B....

1. – Ce dernier, secrétaire des systèmes d’information et de communication au ministère des affaires étrangères, avait été placé à compter du 15 novembre 1999 en décharge totale d’activité pour exercer un mandat syndical. Avant cette date, il avait occupé pendant quatre ans les fonctions de chiffeur au cabinet du ministre. A ce poste – et dans ses fonctions précédentes, à l’exception des cinq années passées à l’ambassade de France à Moscou – il percevait la prime de fonctions informatiques prévue par un décret n° 71-343 du 29 avril 1971³⁰. Il l’a conservée dans ses fonctions syndicales à temps plein ; elle s’élève à 507,86 euros bruts, soit 20 % de son traitement brut. Mais M. B... a constaté, sur son bulletin de salaire de juillet 2008, que le versement de sa prime avait été arrêté, sans qu’une décision ne lui ait été notifiée. A la suite d’un recours gracieux, le ministre a accepté de différer la suppression de la prime au 1^{er} janvier 2009, effective depuis cette date. Cette décision a été attaquée mais la demande a été rejetée.

²⁹ Elle est « *attribuée pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technique particulières* »

³⁰ relatif aux fonctions et au régime indemnitaire des fonctionnaires de l’Etat et des établissements publics affectés au traitement de l’information

2. – En cassation, un premier débat porte sur la qualification de prime non statutaire de la prime « informatique », une « *prime de fonctions* » versée pour l'exercice de certaines fonctions, d'après une liste reposant sur des métiers (art. 2 du décret), à condition que les agents appartiennent à des corps ou soient titulaires de grades dont le niveau hiérarchique est précisé (art. 4 du décret) et « *compte tenu de la durée de fonctions effectivement exercées* » (art. 5 et 6) et de la « *valeur professionnelle et de l'activité de chacun des fonctionnaires et agents susceptibles d'en bénéficier* » (art. 8). C'est, comme souvent, une prime mixte, dont le versement en fait est bien loin de respecter le cadre réglementaire ; elle est largement devenue un accessoire de traitement permanent. On peut hésiter à qualifier cette prime, appelée à disparaître et à se fondre dans la PFR, de statutaire ou de personnelle, ce qui illustre parfaitement la difficulté des critères de votre jurisprudence actuelle. On peut aussi facilement l'assimiler à la NBI de la décision *Mme M...* (27 juillet 2005, n° 255395) qu'à la prime de la décision *B...* (7 juillet 2008, n° 295039), en fonction de l'accent particulier que l'on veut retenir.

Mais ce débat est sans importance si vous optez pour un principe de cristallisation. Le tribunal ne pouvait écarter sans erreur de droit le maintien de cette prime du seul fait qu'elle était liée à l'exercice effectif des fonctions et ne pouvait reprocher à M. B... de se prévaloir de la circonstance qu'à la date à laquelle il a été placé en décharge de service, il bénéficiait de cette prime de fonctions informatiques et qu'il pouvait donc la garder.

3. – Il existe, toutefois, une aspérité d'espèce qui pourrait vous arrêter. S'il n'est pas contesté que M. B... a touché, pendant son activité au cabinet du ministre antérieurement à la décision de décharge totale d'activité, cette prime informatique, il est douteux, ainsi que l'a retenu le tribunal, qu'il y avait droit. En effet, il n'y occupait aucune des fonctions prévues à l'article 2 du décret du 29 avril 1971 et le cabinet ne pouvait être regardé comme un « *centre automatisé de traitement de l'information* ».

Cependant, il n'est ni allégué ni établi que l'intéressé n'aurait pas perçu cette indemnité. Il a même continué à la percevoir pendant presque neuf ans par la suite. Et M. B... avance, sans être contredit, que le chiffreur travaillant au cabinet du ministre au moment du litige la percevait encore.... De manière générale, il est assez peu douteux que la prime informatique était versée dans des cas qui dépassaient largement ceux de l'article 2, pour la raison évidente que le décret de 1971 « *n'est plus en phase avec les métiers informatiques actuels* », comme le reconnaît lui-même le ministère³¹. C'est bien pourquoi le ministère s'est avisé de tout remettre à plat en 2008, précisément l'année où le versement de la prime a été supprimé pour M. B.... Il reconnaissait explicitement que « *la répartition de ces primes ne correspondait pas toujours aux critères d'attribution définis par les textes réglementaires applicables* ». Et, tout en voulant normaliser la pratique, il s'est engagé à maintenir la prime informatique perçue par des agents affectés sur des postes de travail considérés comme non éligibles, mais uniquement au sein de la direction des systèmes d'information, et non en-dehors, ce qui explique le traitement de M. B....

³¹ La cour de Marseille a même récemment jugé qu'une collectivité pouvait légalement actualiser les critères d'attribution de cette prime pour tenir compte de l'évolution de technologies (CAA Marseille, 30 juin 2009, *Commune d'Avignon*, n° 06MA02831)

Dans ces conditions, une approche de la situation fondée sur la seule lecture littérale d'un texte dépassé et non suivi en pratique nous paraît impossible. Le fait constant est que M. B... a perçu la prime informatique de 1995 à 1999 comme tant d'autres agents du ministère non éligibles. Et elle constituait 20% de sa rémunération. Même illégalement versée, elle l'a été par des décisions successives qui ne peuvent être retirées, dans la logique de vos décisions *Ternon* (Assemblée, 26 octobre 2001, n° 197018, au R.) et *Mme S...* (Section, 6 novembre 2002, n° 223041, R. p. 369). Il pouvait par conséquent conserver le bénéfice de cette prime

4. – Le tribunal a donc bien commis une erreur de droit en jugeant autrement. Vous annulez par suite la décision du tribunal et, devenus juges du fond, réglez l'affaire par référence à votre motif de cassation. Dès lors qu'il bénéficiait effectivement dans son poste précédent de cette prime, un accessoire du traitement qui ne compense ni frais exposés ni sujétion particulière, il devait la conserver ensuite.

Vous annulez ainsi la décision du 31 octobre 2008 du Ministre des affaires étrangères en tant qu'elle maintient la suppression de la prime informatique à compter du 1^{er} janvier 2009, enjoignez à ce ministre de rétablir son versement à compter du 1^{er} janvier 2009, dans un délai de deux mois mais sans astreinte, et mettez à la charge du ministre le versement d'une somme de 4 200 euros au titre du premier ressort et de la cassation.

Telles sont nos conclusions dans cette affaire.