N° 364447
M. Gérard B...

3^e et 8^e sous-sections réunies
Séance du 11 mars 2013
Lecture du 15 mars 2013

CONCLUSIONS

Vincent Daumas, rapporteur public

Vous êtes saisis d'une demande d'avis posant la question de l'application, à certains agents de la Nouvelle-Calédonie, des dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012¹ créant un « jour de carence » dans la fonction publique, c'est-à-dire prévoyant que, sauf exceptions, aucune rémunération n'est due aux agents publics civils et militaires au titre du premier jour de chaque congé de maladie.

Vous avez tout récemment rejeté plusieurs recours dirigés contre la circulaire interministérielle prise pour l'application de ces dispositions (CE 1er mars 2013, Union fédérale des cadres des fonctions publiques CFE-CGC et autres, n° 357553, aux tables du Recueil). A cette occasion, vous avez jugé qu'en adoptant ces dispositions, « le législateur a entendu déroger à l'ensemble des dispositions législatives ou réglementaires prévoyant que les agents publics civils et militaires placés en congé de maladie ordinaire perçoivent leur rémunération ». Vous avez aussi jugé que les dispositions de cet article 105 « sont relatives aux droits que les fonctionnaires tiennent à raison de leur placement dans la position d'activité prévue par le statut général des fonctionnaires ». En bref, vous avez regardé ces dispositions comme instituant une règle statutaire transversale s'appliquant à tous les fonctionnaires et agents publics.

Tous ? Peut-être pas.

M. Gérard B... appartient à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie, plus précisément au corps des surveillants d'éducation². Il exerce les fonctions de surveillant au collège de Koutio, sur le territoire de la commune de Dumbéa, près de Nouméa. Le vice-recteur de la Nouvelle-Calédonie a procédé, sur sa rémunération d'octobre 2012, à une retenue correspondant à deux « jours de carence », au titre des deux périodes de congé de maladie dont il avait bénéficié au cours de l'année 2012. M. B... a demandé au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie l'annulation de cette décision du vice-recteur. Il a soutenu, à cette occasion, que les dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012 ne s'appliquent pas, selon les termes de sa requête, au « personnel calédonien de l'enseignement ».

---

¹ Loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011.

² Cf. délibération n° 29/CP du 6 octobre 2006 portant statut particulier des corps de surveillants d'éducation et d'adjoints d'éducation du cadre des personnels d'éducation et de surveillance de Nouvelle-Calédonie, Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie du 24 octobre 2006, p. 7533.

Le tribunal administratif, sur le fondement des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, a sursis à statuer sur cette requête pour vous poser la question de savoir « si l'article 105 de la loi du 28 décembre 2011, instituant un jour de carence en cas de congé de maladie, est applicable aux fonctionnaires des cadres territoriaux qui avaient été mis à la disposition de l'Etat avant le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences en matière d'enseignement secondaire et qui, depuis ce transfert, sont mis par l'Etat à la disposition globale et gratuite de la Nouvelle-Calédonie ».

1. Vous pourrez admettre que les conditions posées par l'article L. 113-1 du CJA, que vous appréciez souplement, sont remplies. La question que vous adresse le tribunal administratif est sans conteste nouvelle. Elle est très certainement susceptible de se poser dans un grand nombre de litiges. Son caractère sérieux est un peu moins évident, surtout depuis votre décision du 1^{er} mars dernier, mais on comprend le doute qu'a éprouvé le tribunal au regard de la situation particulière des personnels de l'enseignement du second degré en Nouvelle-Calédonie – situation sur laquelle nous allons revenir.

2. Car pour répondre à la question posée, il nous semble qu'il faut partir du général pour aller vers le particulier.

21. La première interrogation qui vient à l'esprit porte sur l'applicabilité des dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012 en Nouvelle-Calédonie.

L'article 6-2 de la loi organique (n° 99-209) du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose que, dans les matières relevant de la compétence de l'Etat, seules sont applicables en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin. Dérogent toutefois à cette règle les dispositions législatives et réglementaires relatives à certains domaines, parmi lesquelles les dispositions relatives « aux statuts des agents publics de l'Etat » (5° de l'article 6-2 de la loi organique).

Les dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012 ne comportent aucune mention expresse prévoyant leur applicabilité en Nouvelle-Calédonie, mais compte tenu de ce que vous avez déjà jugé, nous n'aurions aucune difficulté à affirmer qu'elles doivent être regardées comme relatives « aux statuts des agents publics de l'Etat », au sens du 5° de l'article 6-2 de la loi organique. Par conséquent, il nous semble certain qu'elles s'appliquent de plein droit aux agents de l'Etat en poste en Nouvelle-Calédonie³.

En revanche, s'agissant des agents qui appartiennent soit à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie soit à la fonction publique des communes de Nouvelle-Calédonie, la réponse est inverse. Il découle en effet des dispositions du 14° de l'article 22 de la loi organique que la Nouvelle-Calédonie est seule compétente en matière de fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et des communes. Le législateur, à supposer qu'il ait eu cette intention, n'aurait donc pu compétemment prévoir que les agents relevant de l'une ou l'autre de ces fonctions publiques spécifiques à la Nouvelle-Calédonie ne seraient plus rémunérés au titre de leur premier jour de congé de maladie.

---

³ Etant précisé que l'Etat reste évidemment compétent, en vertu du 8° du I de l'article 21 de la loi organique, en matière de « fonction publique de l'Etat ».

22. Reste que ceux de ces agents qui servent dans l'enseignement du second degré en Nouvelle-Calédonie, à propos desquels le tribunal administratif vous interroge, sont dans une situation tout à fait particulière.

Après quelques allers-retours entre 1956 et 1988⁴, l'enseignement secondaire en Nouvelle-Calédonie est resté pendant plus de vingt ans une compétence de l'Etat. C'est la loi organique du 19 mars 1999 qui a permis au congrès de la Nouvelle-Calédonie de décider, par le biais d'une loi du pays adoptée à la majorité des trois cinquièmes, le transfert de la compétence en matière d'enseignement du second degré⁵. Cette loi du pays est intervenue le 28 décembre 2009⁶ et a prévu le transfert de cette compétence à compter du 1er janvier 2012⁷.

Avant cette date, les fonctionnaires des cadres territoriaux qui assuraient, comme M. B..., le fonctionnement d'un service de l'Etat ont été « mis à la disposition » de ce service en application du 3° de l'article 3 du décret n° 56-1228 du 3 décembre 1956 relatif à l'organisation des services publics civils dans les territoires d'outre-mer ; leur rémunération, déterminée en fonction de leurs statuts particuliers de fonctionnaires territoriaux, était à la charge du budget de l'Etat en application de l'article 6 du décret n° 56-1227 du 3 décembre 1956 portant définition des services de l'Etat dans les territoires d'outre-mer (voyez, sur ces deux points, CE 31 juillet 1992, min. c/ Mme B..., n° 101040, au Recueil).

La situation a évolué à compter du 1er janvier 2012. Les dispositions de l'article 59-1 de la loi organique du 19 mars 1999, créé par la loi organique (n° 2009-969) du 3 août 2009, ont prévu que l'ensemble des personnels rémunérés sur le budget de l'Etat au titre de l'exercice des compétences en matière d'enseignement du second degré, sont mis à la disposition de la Nouvelle-Calédonie à compter de la date du transfert de ces compétences. Il s'agit d'une mise à disposition dérogatoire au droit commun puisque le texte organique prévoit, d'une part, qu'elle est globale et non individuelle, d'autre part, qu'elle est gratuite, c'est-à-dire que l'Etat continue de supporter les dépenses liées à la rémunération des personnels concernés, sans que la Nouvelle-Calédonie soit tenue de les lui rembourser. Un décret en Conseil d'Etat, qui n'est pas encore intervenu, doit fixer le terme de cette mise à disposition, qui a donc vocation à n'être que transitoire.

Ces dispositions incluent dans le champ de la mise à disposition « globale et gratuite » qu'elles prévoient les agents « rémunérés sur le budget de l'Etat » et pas seulement les agents de l'Etat. Il nous semble donc clair, contrairement à ce que soutient le ministre chargé de la

---

⁴ L'enseignement secondaire a été transféré au territoire néo-calédonien en application de la loi-cadre du 23 juin 1956 (loi n° 56-619 dite « statut Defferre » et décret n° 56-1227 du 3 décembre 1956 portant définition des services de l'Etat dans les territoires d'outre-mer et énumération des cadres de l'Etat). Mais cette compétence a été reprise par l'Etat en application de l'article 16 de la loi (n° 65-1154) du 30 décembre 1965, confirmé par l'article 7 de la loi (n° 76-1222) du 28 décembre 1976 (« statut Stirn »). L'article 5 de la loi (n° 84-821) du 6 septembre 1984 (« statut Lemoine ») a transféré à la Nouvelle-Calédonie la compétence en matière d'enseignement du premier cycle du second degré et ouvert la possibilité d'un transfert du second cycle, à la demande du territoire – possibilité qui n'a pas été mise en œuvre. L'article 6 de la loi (n° 88-82) du 22 janvier 1988 (« statut Pons II ») a redonné à l'Etat l'ensemble de la compétence en matière d'enseignement du second degré, qu'il a conservée pour l'essentiel à la suite des accords de Matignon, en vertu du 18° de l'article 8 de la loi (n° 88-1028) du 9 novembre 1988.

⁵ En application des dispositions du 2° du III de l'article 21 et de l'article 26 de cette loi organique. A noter que ce transfert était prévu par l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 (point 3.1.2.).

⁶ Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie du 15 janvier 2010, p. 261.

⁷ En application des dispositions de l'article 8 de cette loi du pays (la convention prévue au 3° alinéa de l'article 59-1 de la loi organique à laquelle elles se réfèrent a été signée le 18 octobre 2011).

fonction publique devant vous, mais conformément à ce qu'a estimé le tribunal administratif et conformément aussi à ce qu'admettent tant le ministre chargé de l'outre-mer que le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie et le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, que les agents des cadres territoriaux de la Nouvelle-Calédonie qui exerçaient leurs fonctions dans l'enseignement scolaire du second degré en Nouvelle-Calédonie avant le 1^{er} janvier 2012, comme M. B..., sont concernés par cette mise à disposition. Ces agents ont fait l'objet de deux mises à disposition *sui generis* successives : d'abord mis à la disposition des services de l'Etat sur le fondement de l'article 3 du décret (n° 56-1228) du 3 décembre 1956, ils sont depuis le 1^{er} janvier 2012 mis à la disposition de la Nouvelle-Calédonie sur le fondement de l'article 59-1 de la loi organique du 19 mars 1999, leur rémunération restant toutefois à la charge de l'Etat.

23. Cette situation tout à fait particulière a-t-elle une influence sur la réponse à la question de savoir si ces agents sont concernés par les dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012 ? A notre avis, non.

Nous vous le disions au tout début de ces conclusions, les dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012 sont de nature statutaire, ainsi que l'explique votre décision du 1^{er} mars dernier. Elles n'instituent pas une simple règle comptable ou de gestion administrative qu'un employeur public pourrait appliquer à un agent dès lors que ce dernier est mis à sa disposition ou dès lors qu'il prend en charge sa rémunération, en méconnaissance des règles statutaires applicables à cet agent.

Or les agents à propos desquels le tribunal administratif vous interroge étaient et demeurent des agents appartenant à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie ou de ses communes. Ni le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences en matière d'enseignement du second degré au 1^{er} janvier 2012, ni la circonstance que ces agents ont été placés sous l'autorité fonctionnelle de l'Etat avant de passer, à cette date, sous celle de la Nouvelle-Calédonie, ni la prise en charge de leur rémunération par l'Etat, avant comme après cette date, n'ont eu d'incidence sur leur situation statutaire. Relevons d'ailleurs que les dispositions de l'article 59-1 de la loi organique du 19 mars 1999 précisent de manière expresse que les personnels concernés par la mise à disposition qu'elles prévoient « demeurent régis par les dispositions légales et réglementaires qui leur sont applicables ».

Il en résulte qu'à l'égard de ces agents aussi, seule la Nouvelle-Calédonie, qui détient la compétence pour déterminer les règles statutaires auxquelles ils sont soumis, notamment les conditions de leur rémunération et les congés dont ils peuvent bénéficier, pouvait prévoir l'institution d'un « jour de carence ». Les dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012 ne leur sont pas non plus applicables.

C'est en ce sens que nous vous proposons de répondre à cette demande d'avis.

Observons, avant d'en terminer, que la solution proposée est certainement délicate en termes de gestion, puisqu'elle revient à pratiquer des retenues sur la rémunération des agents de l'Etat qui travaillent dans l'enseignement secondaire de Nouvelle-Calédonie en cas de congé de maladie, alors que les agents de la Nouvelle-Calédonie ou de ses communes travaillant à leurs côtés et exerçant, le cas échéant, les mêmes fonctions n'y seront pas soumis. Mais cette solution ne nous paraît pas douteuse en droit, étant précisé que le Conseil constitutionnel a déjà jugé qu'une différence de traitement entre agents de la fonction

publique de l'Etat et agents de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie ne constitue pas une rupture d'égalité dès lors qu'elle trouve sa source dans la répartition des compétences en matière de fonction publique découlant de la loi organique du 19 mars 1999 prise sur le fondement de l'article 77 de la Constitution (décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, prise à propos de dispositions législatives modifiant le régime de l'indemnité temporaire de retraite outre-mer, considérant 21).