

N° 356834

Mutuelle autonome générale de l'éducation nationale (MAGE)

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 26 février 2014

Lecture du 24 mars 2014

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

Les mutuelles de la fonction publique ont connu, au cours de la dernière décennie, d'importants bouleversements sous l'influence du droit de l'Union européenne. En particulier, une loi (n° 2007-148) du 2 février 2007 et un décret (n° 2007-1373) du 19 septembre 2007 ont prévu, avec l'aval de la Commission européenne, que les financements publics seraient réservés à des « organismes de référence » désignés par l'administration employeur, sur la base d'un appel public à la concurrence. Le seul avantage que l'ensemble des mutuelles de fonctionnaires conservait jusqu'alors était le précompte, à savoir la possibilité de demander à l'administration de prélever les cotisations directement sur la paye des agents. Ainsi que vous l'avez jugé dans une décision Mutuelle autonome générale de l'éducation nationale du 24 juin 1998 (n° 104605, au Rec.), aucun texte n'impose à l'administration d'assurer ce précompte des cotisations ; mais dès lors qu'elle décide d'y procéder, elle doit le faire sans méconnaître le principe d'égalité, compte tenu des avantages importants qu'une telle mesure procure aux mutuelles, tant en termes de coût de gestion que de facilité d'adhésion. Vous aviez alors annulé le refus du ministre de l'éducation nationale de faire bénéficier la MAGE de cet avantage.

C'est, cette fois, au ministre de l'agriculture que la MAGE est opposée. Par un courrier du 27 juillet 2011, le premier a informé la seconde de l'arrêt du dispositif du précompte à compter du 1^{er} janvier 2012 pour les mutuelles qui n'ont pas été désignées comme organismes de référence, dont la MAGE. Celle-ci a demandé au tribunal administratif de Lyon l'annulation de ce courrier, et des décisions de la DGAFP et de l'Opérateur national de paye qu'il révélerait, selon elle. L'affaire a ensuite été transmise au tribunal administratif de Paris, qui vous l'a renvoyée.

Votre compétence pour en connaître en premier et dernier ressort est contestée par le ministre de l'agriculture, qui soutient que le courrier s'analyse comme une décision individuelle mettant fin au précompte pour la MAGE. C'est également l'analyse que la requérante fait de la décision dans ses écritures. Elle nous semble, pour partie, incontestable. Le courrier lui signifie bien la remise en cause d'un avantage dont elle bénéficiait jusqu'alors, et il ne semble avoir été suivi d'aucune autre décision avant la mise à exécution de la mesure.

Nous pensons toutefois qu'il y a aussi matière à saisir, derrière ce courrier, une décision réglementaire. Il y est en effet indiqué que le ministère est conduit, conformément aux orientations de la DGAFP et à la doctrine de l'Opérateur national de paye – l'ONP, à

« réserver le précompte aux deux seules mutuelles référencées et à le suspendre pour les autres organismes, dont le vôtre, au plus tard en juin 2012 ». Il y a là l'expression d'une règle générale et absolue, applicable à toutes les mutuelles non référencées. Nous avons un temps été tenté d'y voir une simple directive dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, puisque, comme on l'a dit, le précompte n'est pas un droit. Mais cette règle fixe une unique condition objective dont le respect ou non résulte d'une simple constatation de fait, de sorte que la règle lie entièrement l'autorité chargée de prendre les décisions individuelles, ce qu'une directive ne peut faire¹ ; la règle ne paraît en outre souffrir aucune dérogation, alors qu'une directive s'applique sans préjudice de l'examen des cas particuliers. Nous pensons donc qu'elle doit être regardée comme purement et simplement réglementaire.

Il est courant que vous déceliez une décision réglementaire dans un support de communication autre qu'un décret, un arrêté ou une circulaire, notamment dans des communiqués (CE, 6 février 1981, Société générale d'entreprises et autres, n° 14836, au Rec. ; CE, Ass., 4 juin 1993, Association des anciens élèves de l'ENA, n° 138762-138878-138952, au Rec.). On peut, il est vrai, hésiter à voir dans un simple courrier une « décision réglementaire révélée », alors qu'un acte réglementaire n'est en principe exécutoire qu'après publication. Mais il s'agit de deux questionnements distincts, l'un sur l'existence, l'autre sur l'entrée en vigueur. Et vous avez déjà fait cet effort dans une décision A... du 18 février 2011 (n° 330349-330350, au Rec.), dans laquelle vous avez tiré de courriers adressés aux vérificateurs des monuments historiques et leur demandant de mettre fin à la situation de cumul d'activités dans laquelle il se trouvait l'existence d'une décision réglementaire implicite de mettre fin au régime des vérificateurs, ce qui vous a permis d'admettre votre compétence de premier ressort, sans préjudice du contentieux individuel engagé parallèlement par les intéressés devant le tribunal administratif contre le même courrier². Vous avez aussi décelé une décision réglementaire dans un simple compte rendu de réunion (CE, Section, 7 octobre 1994, Ville de Narbonne, n° 136532, au Rec.)³. Bien que les parties ne l'évoquent pas, nous signalons qu'une circulaire du 13 décembre 2011 du ministre de l'agriculture, publiée sur Internet, prévoit expressément la même mesure et indique que les mutuelles concernées ont reçu « notification de cette décision dès le printemps 2011 ».

Nous vous proposons en conséquence d'admettre votre compétence dans cette mesure et de renvoyer au tribunal administratif de Paris les conclusions relatives à la mesure individuelle prise pour son application, puisqu'aucun lien de connexité n'existe entre les conclusions dirigées contre un acte réglementaire et celles qui le sont contre les décisions individuelles prises sur son fondement (CE, 28 juillet 2000, T... et G..., n° 188494-189763, aux T.).

¹ CE, 29 juillet 1994, Ministre de l'éducation nationale c/ Epoux G..., n° 147978, au Rec.

² V. aussi pour la fixation de tarifs de redevances, résultant d'un « avis » publié : CE, 19 mars 2010, SCARA et FNAM, n° 305047 et a., aux T.

³ A l'inverse, dans la décision de Section du 18 décembre 1959, Société « Les Films Lutétia » (Rec. p. 693), vous avez regardé une décision d'interdiction d'un film comme une « pure » décision individuelle, alors que, comme l'indiquait le commissaire du gouvernement Mayras, son motif, repris dans plusieurs arrêtés municipaux successifs, était libellé de manière générale et impersonnelle (« considérant qu'il y a lieu d'interdire sur le territoire de la commune de Nice les films cinématographiques contraires à la décence et aux bonnes mœurs »).

En revanche, nous ne décelons dans ce courrier aucune décision de la DGAFP. Il n'est fait état que d'une « orientation » de celle-ci à l'adresse des ministères gestionnaires, que le ministre de l'agriculture a décidé de suivre. Ces conclusions sont donc irrecevables. Quant à l'ONP, il s'est borné à livrer son interprétation de l'orientation de la DGAFP, consistant à cesser le précompte des cotisations au profit des mutuelles non référencées. Nous n'y décelons aucune décision de principe, que ce service à compétence nationale n'aurait de toute façon pu compétemment prendre, puisqu'il n'est, pour l'essentiel, qu'un exécutant. A cet égard, on peut hésiter à admettre la compétence de premier ressort du Conseil d'Etat pour connaître de recours contre des décisions réglementaires qui émaneraient de l'ONP. Nous pensons qu'il y a lieu d'admettre de manière générale que les SCN rattachés à un ministre⁴ constituent des autorités à compétence nationale au sens de l'article R. 311-1 du code de justice administrative. Mais à supposer que vous subordonniez cette qualification à la détention d'un pouvoir réglementaire consacré par les textes, comme vous le faites pour les établissements publics et les personnes privées, vous relèverez que l'article 4 du décret n° 2007-903 du 15 mai 2007 qui le crée prévoit que l'ONP élabore « *les spécifications et les référentiels communs auxquels doivent se conformer les systèmes d'information des ressources humaines de l'Etat* ». Nous y voyons des mesures réglementaires, touchant à l'organisation du service public, et s'imposant aux ministères. A tout le moins pourriez-vous, par analogie avec ce que vous avez jugé pour l'ACOSS (CE, 11 octobre 2012, Caisse interprofessionnelle des congés payés de la région parisienne, n° 353383, aux T.), considérer que la mission d'assurer une homogénéité des règles relatives à la paye des agents publics justifie de voir dans l'ONP une autorité à compétence nationale.

Après ce débroussaillage, il est temps d'en venir à la légalité de la décision réglementaire que nous avons identifiée. Non contestée, la compétence du ministre de l'agriculture pour la prendre nous semble devoir être admise au titre de sa double qualité de chef de service et d'ordonnateur principal des dépenses du ministère⁵. Les modalités de liquidation et de paiement de la paye touchent sans conteste à l'organisation des services. Et même si la paie fait l'objet d'une liquidation par le comptable public et, désormais, par le directeur de l'ONP, sans ordonnancement préalable⁶, c'est bien l'ordonnateur qui décide des retenues à opérer sur les rémunérations, ce que l'article 233 du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique explicite désormais. C'est donc à lui qu'appartient la compétence pour décider du principe et des modalités du précompte.

Contrairement à ce qui est soutenu, le signataire de la décision disposait d'une délégation de signature régulière en vertu de l'article 1^{er} du décret du 27 juillet 2005. S'agissant d'une décision réglementaire, elle n'avait pas à être précédée de la procédure contradictoire prévue à l'article 24 de la loi DCRA.

Le troisième et dernier moyen est tiré de la méconnaissance du principe d'égalité. Le ministre rétorque qu'il est parfaitement cohérent de réserver le bénéfice du précompte aux

⁴ L'article 2 du décret n° 97-464 du 9 mai 1997 relatif à la création et à l'organisation des services à compétence nationale prévoit que les SCN sont rattachés à un ministre, à un directeur d'administration centrale, à un chef de service ou à un sous-directeur.

⁵ Art. 9 et 63 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique ; et désormais art. 74 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique

⁶ Article 1^{er} du décret n° 65-845 du 4 octobre 1965 alors en vigueur.

organismes de référence désignés dans le cadre de l'appel à la concurrence que nous avons évoqué.

Un point nous paraît certain : en l'état des textes, et contrairement à ce que les ministères de l'agriculture et de la fonction publique soutiennent, le précompte ne fait pas partie des financements publics que le décret du 19 septembre 2007 a entendu réserver aux organismes de référence. D'une part, ces financements sont accordés « *en fonction des transferts effectifs de solidarité, intergénérationnels et familiaux, opérés au titre des garanties proposées* » ; or, le précompte, qui permet aux organismes bénéficiaires de réaliser des économies de gestion, est, en lui-même, indifférent aux transferts de solidarité. Il ne vous est nullement indiqué ni démontré que les mutuelles seraient d'ores et déjà contraintes de répercuter intégralement cette économie sur les cotisations des affiliés âgés ou des familles nombreuses. D'autre part, l'article 12 du même décret prévoit que la participation est « *directement versée aux organismes de référence* » et son article 14 que le bénéficiaire tient une comptabilité analytique permettant d'en retracer l'utilisation : il s'agit clairement d'un transfert financier, et non d'un avantage en nature comme le précompte. Le document de consultation de l'appel à concurrence n'évoque d'ailleurs la possibilité pour les organismes référencés de bénéficier du précompte qu'à titre incident, et dans une partie bien distincte du montant de la participation financière de l'employeur public.

Reste à déterminer si la qualité d'« organisme de référence » constitue une différence de situation justifiant la différence de traitement litigieuse.

Votre décision MAGE admet que le précompte puisse être réservé à certains organismes placés dans une situation différente au regard des exigences du bon fonctionnement du service public et de l'intérêt des agents.

Par construction, les organismes de référence sont ceux qui présentent les plus solides garanties. Ils ont en effet été retenus au terme d'un appel d'offres portant à la fois sur les garanties professionnelles, financières et prudentielles, et sur des critères comme le rapport qualité / prix, le degré de solidarité des prestations ou encore la maîtrise financière du dispositif. Or, il est certainement dans l'intérêt des agents que les assureurs qui les couvrent soient tout à la fois solides et solidaires.

Il est vrai qu'on est gêné par le fait que, précisément, cet avantage n'est pas intégré au dispositif de financement des organismes de référence, mais constitue une sorte de « bonus » ou de « prime aux vainqueurs ». L'exclusivité reconnue aux organismes de référence pour le bénéfice du précompte apparaît à cet égard comme un frein potentiel au maintien ou à l'arrivée sur ce marché d'autres opérateurs, alors qu'il est aussi dans l'intérêt des agents qu'existe une concurrence effective sur ce marché. Cette gêne est renforcée par le fait qu'en vertu de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les aides d'Etat à caractère social ne sont en principe licites que si elles bénéficient aux agents à titre individuel. Si la Commission européenne, particulièrement attentive au dossier des mutuelles de la fonction publique en France, a admis que l'aide puisse transiter par les mutuelles, encore faut-il démontrer qu'elle profite *in fine* intégralement aux agents. Comme on l'a dit, cette démonstration n'est nullement apportée s'agissant du précompte, qui est vraisemblablement une aide d'Etat.

Mais, d'une part, ce dernier point relève d'un débat totalement distinct, qui n'est pas soulevé devant vous et n'est pas d'ordre public. D'autre part, la question de l'effet d'éviction se pose seulement au stade de l'éventuelle disproportion manifeste dans la différence de traitement. En amont, il nous paraît difficile d'affirmer que la différence de traitement entre les organismes selon qu'ils sont ou non référencés, c'est-à-dire selon leur degré de solidité et de solidarité, ne seraient pas en rapport direct avec l'objet du précompte, d'autant que le ministre n'est guère contraint dans la définition de cet objet, puisqu'il s'agit, on l'a dit, d'une mesure gracieuse. Précisons en outre que la participation financière versée aux organismes de référence est librement déterminée par chaque employeur public, qu'elle est répartie entre les organismes lorsque plusieurs d'entre eux ont été désignés, et que, si elle est plafonnée au montant des transferts de solidarité auxquels chaque organisme procède, elle est, en pratique, d'un montant plus modeste, comme le relève un référé du Premier président de la Cour des comptes produit par la MAGE. Elle ne récompense donc que partiellement les efforts de solidarité et de gestion consentis par les mutuelles désignées. On peut comprendre que le ministre ait souhaité leur accorder le précompte à titre de contrepartie supplémentaire.

Nous vous proposons toutefois de censurer la disposition sur le terrain de la disproportion manifeste au regard de la différence de situation susceptible de la justifier.

Votre décision MAGE de 1998 qualifie le précompte d'« avantage important ». Non seulement elle permet aux bénéficiaires de réaliser d'appréciables économies de gestion ; mais elle facilite les démarches des agents qui seront naturellement enclins, par commodité, à se tourner vers les mutuelles qui n'exigent d'eux aucune démarche pour le paiement des cotisations. On peut douter que les différences de prestations, qui ne sont d'ailleurs pas aisées à comprendre, soient souvent le déterminant essentiel du choix de la mutuelle. En outre, la mesure litigieuse est radicale alors qu'on aurait pu songer au maintien du précompte à titre onéreux, à charge pour chaque organisme d'apprécier s'il y a lieu d'y recourir ou s'il privilégie une gestion directe du paiement des cotisations, par virement automatique par exemple. Cette pratique de facturation du précompte semble avoir été retenue par certains ministères.

La MAGE aurait certes pu vous apporter des éléments permettant d'apprécier l'ampleur de l'effet d'éviction qu'elle dénonce, alors qu'elle a cessé de bénéficier du précompte le 1^{er} janvier 2012 et qu'elle ne semble pas avoir introduit de référé-suspension pour s'en prémunir. Mais, de son côté, l'administration, loin de relativiser la portée de l'avantage, insiste au contraire sur le coût du dispositif pour l'Etat, donc, nécessairement, sur l'économie qu'elle permet à ses bénéficiaires de faire.

Dans l'autre plateau de la balance, il faut bien avouer que l'écart entre le ou les organismes de référence peut être tenu, et ne tenir, le cas échéant, qu'au fait que l'employeur public a choisi souverainement de n'en retenir qu'un alors qu'il lui était loisible d'en sélectionner plusieurs. Le référé du Premier président de la Cour des comptes le montre bien. Dans cette logique de concours à nombre de lauréats variables, il nous paraît impossible d'affirmer que la différence qualitative entre organismes selon qu'ils sont ou non référencés pourrait en toutes circonstances justifier que les premiers jouissent du monopole du précompte. En tous les cas, le ministre de l'agriculture ne vous apporte strictement aucun élément tendant à démontrer que les deux mutuelles qu'il a référencées présenteraient des qualités distinctives telles qu'elles justifieraient que le précompte leur soit réservé pendant sept ans, durée du référencement.

Nous vous proposons donc d'annuler la décision réglementaire litigieuse. Cette annulation n'implique aucune mesure d'exécution. Il appartiendra le cas échéant au tribunal administratif de Paris d'en tirer les conséquences dans le contentieux individuel que vous lui renverrez, si vous nous suivez.

PCMNC à ce que le jugement des conclusions à fins d'annulation dirigées contre la décision mettant fin au précompte des cotisations versées à la MAGE, et des conclusions à fins d'injonction dont elles sont assorties, soit renvoyé au tribunal administratif de Paris, à l'annulation de la décision par laquelle le ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche de la ruralité et de l'aménagement du territoire a mis fin au précompte pour les mutuelles de la fonction publique autres que les organismes de référence, à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et au rejet du surplus des conclusions de la requête.