

N° 368215

M. A...

1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies

Séance du 17 avril 2015

Lecture du 7 mai 2015

## CONCLUSIONS

### M. Alexandre LALLET, rapporteur public

M. A... est professeur agrégé de droit public et auteur d'ouvrages sur le droit constitutionnel. Sa connaissance intime de la matière lui vient de son expérience de plus de 4 années et demie en tant que contractuel au service juridique du Conseil constitutionnel, entre 1977 et 1981. En 2008, il a sollicité la validation de cette période d'activité, effectuée avant sa titularisation, pour la constitution de son droit à pension. Mais il s'est heurté à un refus au motif qu'aucun texte, et en particulier pas l'article L. 5 du code des pensions civiles et militaires de retraite, ne prévoit la validation de services effectués rue Montpensier.

M. A... a contesté cette décision devant le tribunal administratif de Marseille, en soulevant à cette occasion une question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre l'antépénultième alinéa de l'article L. 5, en ce qu'il prévoyait la prise en compte des services accomplis en qualité de contractuel « *dans les administrations centrales de l'Etat, les services extérieurs en dépendant et les établissements publics de l'Etat ne présentant pas un caractère industriel et commercial, si la validation des services de cette nature a été autorisée pour cette administration par un arrêté conjoint du ministre intéressé et du ministre des finances (...)* ». Aux yeux du requérant, l'article L. 5 méconnaît le principe d'égalité dans la mesure où il exclut certaines institutions de l'Etat comme le Conseil constitutionnel.

Ne partageant pas ce point de vue, le tribunal a refusé de vous transmettre la QPC. Mais constatant qu'aucun arrêté n'était intervenu pour prévoir la validation des services litigieux, il a jugé que l'administration était tenue de rejeter la demande dont M. A... l'avait saisie.

A l'appui de son pourvoi en cassation, le requérant conteste le refus de transmission de sa QPC, en arguant de ce que le Conseil constitutionnel aurait dû figurer à l'article L. 5.

La difficulté tient à l'interprétation cet article et à son articulation avec les dispositions réglementaires relatives à la validation. Comme nous l'avons dit, il ne vise expressément que les administrations centrales et territoriales de l'Etat, ainsi que ses établissements publics autres que les EPIC. Le deuxième alinéa de l'article R. 7 du même code précise à cet égard que : « *dans chaque ministère, des arrêtés conjoints du ministre intéressé, du ministre chargé de la fonction publique et du ministre chargé des finances déterminent la nature et le point de départ des services susceptibles d'être validés pour la retraite en application de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 5* » - il s'agit désormais de l'antépénultième.

Mais un décret du 26 décembre 2003 (n° 2003-1305) a ajouté à l'article R. 7 un 8<sup>ème</sup> alinéa selon lequel : « *Est admise à validation toute période de services effectués - de façon continue ou discontinue, sur un emploi à temps complet ou incomplet, occupé à temps plein ou à temps partiel - quelle qu'en soit la durée, en qualité d'agent non titulaire de l'un des employeurs mentionnés aux 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> de l'article L. 86-1* ». Or cet article L. 86-1 englobe toutes les administrations de l'Etat, ainsi que les collectivités territoriales et leurs établissements publics non industriels et commerciaux, ainsi que les établissements publics de santé, ce qui va au-delà du champ d'application matériel de l'article L. 5.

A la lettre, il semble donc en résulter un double régime :

- Pour les services accomplis dans une administration centrale ou territoriale de l'Etat, ou un EPA, la validation est autorisée sous réserve de l'édiction d'un arrêté interministériel, en application de l'article L. 5 et du 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article R. 7.

- Dans les autres cas, et notamment dans les administrations de l'Etat autres que celles énumérées à l'article L. 5, la validation est possible sur le seul fondement de l'antépénultième alinéa de l'article R. 7, sans qu'il soit besoin d'un arrêté. Cette autonomie partielle de l'article R. 7 ne se heurterait d'ailleurs à aucun problème de compétence puisque vous avez jugé, dans une décision des 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> sous-sections réunies du 23 décembre 2010, Mme C... (n° 315960, aux T.), que le pouvoir réglementaire est compétent pour fixer, comme il l'a fait par les articles R. 5 et R. 7 du code des pensions civiles et militaires de retraite (CPCMR), les conditions de validation des services effectués par des agents en tant que non-titulaires dans les collectivités territoriales et susceptibles d'être validés au titre d'autres régimes<sup>1</sup>.

Ce schéma, assez cohérent et, pour tout dire, plutôt séduisant, ne correspond toutefois pas à l'état de votre jurisprudence.

Faisant fi du critère organique posé par l'article L. 5, vous lui avez donné la portée la plus large en jugeant peu ou prou qu'il visait l'ensemble des services accomplis pour le compte de l'Etat, quelle que soit la structure d'emploi. Vous avez ainsi jugé que les services accomplis dans une association pour le compte de l'Etat ouvraient droit à validation (CE, 25 juillet 2007, G..., n° 280572), de même que les services de maîtres contractuels de l'enseignement privé, qui sont rémunérés par l'Etat (CE, 17 juillet 2013, B..., n° 354729). On trouve même en jurisprudence l'affirmation selon laquelle un arrêté interministériel est nécessaire à la validation des services accomplis dans des établissements publics locaux<sup>2</sup>. Quoiqu'il en soit, vous avez repoussé les frontières de l'audace puisque, dans une décision du 19 mars 2008, Garde des sceaux c/ M... (n° 296679, aux T. sur un autre point), vous en êtes venu à qualifier un tribunal de grande instance de service extérieur dépendant du ministère de

---

<sup>1</sup> Comme l'indique Emmanuelle Cortot-Boucher dans ses conclusions, c'est tout au plus le principe de la validation qui relève du domaine de la loi, mais non ses modalités et, à ce titre, le champ des services validables.

<sup>2</sup> CE, 20 juin 2007, Ministre de l'agriculture et de la pêche c/ L..., n° 282190 ; CE, 23 février 2011, D..., n° 307268, aux T. : avant la loi dite HPST, et notamment pour les périodes en cause dans cette affaire, les établissements publics de santé relevaient pour partie des collectivités territoriales.

la justice au sens de l'article L. 5. La transposition de ce raisonnement conduirait à regarder le Conseil constitutionnel comme un service extérieur du ministère de la justice au sens de l'article L. 5, comme l'a fait le tribunal administratif en l'espèce.

Vous comprendrez que nous ayons hésité à suivre cette voie, qui est contraire à la lettre du texte et aboutit à une forme d'aberration, sinon de provocation institutionnelle. Cette solution est, de surcroît, assez inopportune, car elle aboutit à un résultat inverse de celui qu'elle recherche, à savoir combattre une rupture d'égalité entre fonctionnaires selon l'employeur public sous lequel ils ont accompli leurs services de non-titulaires. En retenant une interprétation extensive de l'article L. 5, elle donne en effet une pleine portée à la condition d'édiction préalable d'un arrêté interministériel autorisant la validation, que Rémi Keller qualifiait à juste titre de « *regrettable* » en ce qu'elle conduit les administrations « *à produire une quantité invraisemblable de textes pour dresser la liste des services qui méritaient d'être validés – selon des critères au demeurant inconnus et sans doute fragiles au regard du principe d'égalité* »<sup>3</sup>. Or, fort du pouvoir discrétionnaire que vous leur avez reconnu en la matière (CE, Section, 8 novembre 1968, E..., n° 72789, au Rec.)<sup>4</sup>, ou plus sûrement parce qu'ils ont estimé que telle ou telle structure ne relevait pas du champ d'application de l'article L. 5, les ministres n'ont pas édicté d'arrêtés pour un certain nombre d'administrations de l'Etat. Votre jurisprudence en fournit de multiples exemples. Ceci vous conduit, le cas échéant, à certaines acrobaties dans l'interprétation des arrêtés, afin de ne pas priver un trop grand nombre d'agents du droit à validation<sup>5</sup>. Mais il n'est pas toujours possible de procéder ainsi<sup>6</sup>.

Bref, la lecture large de l'article L. 5 constitue une sorte de piège ou un cadeau empoisonné, alors que sa lecture stricte, assortie d'une application autonome du 8<sup>ème</sup> alinéa de l'article R. 7, permettrait de garantir un droit à validation quasi-général des services accomplis auprès d'un employeur public. Nous nous sommes toutefois résigné à cette interprétation constructive de l'article L. 5, pour deux raisons, l'une ayant trait au passé, l'autre à l'avenir :

- Le passé, et plus exactement la généalogie des textes, conduit à admettre que l'article L. 5 a été conçu pour englober l'ensemble des administrations de l'Etat. La validation des services a été admise dès 1924, dans une loi qui évoquait alors les « *établissements et administrations de l'Etat* ». Un décret de 1924 prévoyait l'intervention d'arrêtés énumérant les structures éligibles, au nombre desquelles on trouvait alors des institutions comme le Conseil économique et social, le Conseil

<sup>3</sup> Conclusions sur la décision F... du 5 décembre 2007 (n° 297087).

<sup>4</sup> Ce pouvoir discrétionnaire devrait logiquement entraîner l'opérance du moyen tiré de la violation du principe d'égalité, faute de cohérence dans la doctrine de l'administration (V. CE, Section, 30 décembre 2010, Ministre du logement c/ H..., n° 308067, au Rec.).

<sup>5</sup> V. en ce sens les conclusions de Gaëlle Dumortier sur une affaire I... (7 juillet 2010, n° 325864).

<sup>6</sup> A titre d'exemple, l'arrêté interministériel du 4 août 1977, qui permet la validation des services effectués dans les administrations du ministère de la justice ne couvre que les emplois rémunérés sur le budget du ministère. Sauf à ignorer purement et simplement cette condition, cet arrêté n'autorise pas la validation des services accomplis au Conseil constitutionnel, qui dispose de son budget propre. L'arrêté vise les « vacataires », mais ce terme couvre tous les agents non-titulaires (CE, 22 février 2007, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique CFDT, n° 285968, aux T.).

d'Etat, la Cour des comptes ou la Cour de cassation<sup>7</sup>. Ces arrêtés étaient alors purement indicatifs (CE, 8 avril 1933, Séréis, Rec. p. 464). C'est pour mettre fin aux difficultés d'application de ces dispositions et aux contentieux multiples portant sur leur champ d'application matériel que l'article 7 de la loi du 30 juillet 1962 de finances rectificative pour 1962 a substitué à l'ancienne formule l'énumération qu'on trouve aujourd'hui à l'antépénultième alinéa de l'article L. 5, à savoir les administrations centrales et territoriales de l'Etat, et ses établissements publics non industriels et commerciaux, et qu'il a en outre fait de l'arrêté ministériel une véritable condition de validation. Les travaux préparatoires ne révèlent pas une intention du législateur de resserrer le champ des services validables, mais seulement de le clarifier, en reprenant la formulation de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 portant statut général des fonctionnaires (de l'Etat). C'est la raison pour laquelle un décret n° 69-123 du 24 janvier 1969 a repris dans un tableau l'ensemble des arrêtés sectoriels qui avaient été édictés jusqu'alors, y compris pour des organismes ne constituant pas, *stricto sensu*, des administrations centrales ou territoriales, comme les juridictions. A cette aune, il est logique de ne pas se livrer à une lecture littérale de l'énumération figurant à l'article L. 5, et d'y inclure tous les organes de l'Etat, y compris les juridictions et, à ce titre, le Conseil constitutionnel<sup>8</sup>.

- La seconde raison a trait à la mise en extinction du dispositif de validation prévu à l'article L. 5. La loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites l'a en effet supprimé pour les fonctionnaires titularisés après le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Dans la mesure où la demande de validation doit intervenir dans un délai de 2 ans à compter de la titularisation, il n'est plus possible d'en bénéficier depuis le 1<sup>er</sup> janvier dernier<sup>9</sup>. Une lecture restrictive de l'article L. 5 conduirait alors à maintenir une possibilité de validation au profit des fonctionnaires ayant accompli des services de non-titulaires dans des administrations de l'Etat autres que des administrations centrales ou territoriales ou des établissements publics de l'Etat non industriels et commerciaux, sur le fondement direct du 8<sup>ème</sup> alinéa de l'article R. 7. Le principe d'égalité s'en trouverait sérieusement malmené.

Au total, en dépit de la gêne que suscite une interprétation si constructive de la loi, nous vous proposons de vous en tenir à l'orientation jurisprudentielle actuelle et de juger que le Conseil constitutionnel est au nombre des employeurs mentionnés à l'article L. 5. Précisons que son statut de pouvoir public constitutionnel n'y fait nullement obstacle : il ne s'agit pas ici de s'immiscer dans le fonctionnement de l'institution, mais de déterminer si les services

---

<sup>7</sup> On notera que, pourtant, vous aviez exclu du champ des services validables les fonctions de greffier en chef dans un tribunal de première instance (CE, 17 novembre 1937, Girolami, p. 943).

<sup>8</sup> Il ne fait en effet aucun doute que le Conseil constitutionnel est une juridiction (V. pour l'autorité absolue de la chose jugée qui s'attache à ses réserves d'interprétation : CE, 15 mai 2013, Commune de Gurmençon, n° 340554, aux T.).

<sup>9</sup> Cette fermeture s'explique par l'abaissement de la durée minimale de cotisations pour bénéficier d'une pension de l'Etat, de 15 à 2 ans, qui conduit l'Etat à prendre en charge la pension d'agents qui, avant cette réduction, faisait l'objet d'une procédure de rétablissement au régime général, c'est-à-dire y étaient reversés faute d'avoir atteint cette durée minimale. En contrepartie, le législateur a estimé que les services accomplis en tant que non-titulaires, qui donnent lieu à cotisations au profit du régime général, devaient donner lieu à pension par ce dernier, et non plus par l'Etat par le biais du dispositif de validation.

accomplis en son sein peuvent être validés dans le régime du code des pensions civiles et militaires de retraite.

Par conséquent, la critique constitutionnelle de M. A..., qui repose sur le postulat inverse, est vaine. Et dès l'instant qu'il ne fait état d'aucun arrêté qui permettrait la validation des services accomplis dans cette institution, mais se borne à se plaindre au contraire de l'absence d'un tel arrêté, il ne peut soutenir que le tribunal, dont le jugement est suffisamment motivé, aurait commis une erreur de droit en jugeant que l'administration devait rejeter sa demande de validation. Signalons tout de même l'existence d'un arrêté du 9 août 1949, repris dans le tableau publié en 1969, et qui couvrait, au titre des « juridictions diverses », les services d'auxiliaires à la Haute Cour de justice et dans les « cours de justice ». Au regard des efforts d'interprétation de ces arrêtés que vous avez consentis par le passé, et surtout de celui dont procède votre lecture de l'article L. 5, nous n'aurions pas eu grand peine, à la lumière du principe d'égalité, à vous proposer d'y rattacher le Conseil constitutionnel, même s'il n'existait pas en 1949 et que son statut juridictionnel a pu, un temps, être sujet à caution. Mais si le juge de cassation soulève d'office le fait, pour un tribunal, de faire droit à un moyen alors qu'il était inopérant en raison d'une situation de compétence liée<sup>10</sup>, l'inverse n'est pas vrai.

### **PCMNC au rejet du pourvoi.**

---

<sup>10</sup> CE, 9 juillet 2014, Commune de Chelles, n° 373295, au Rec.