

N° 382119

M. A...

4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies
Séance du 4 septembre 2015
Lecture du 21 septembre 2015

CONCLUSIONS

Mme Gaëlle DUMORTIER, rapporteur public

M. A... était fonctionnaire jusqu'à ce qu'il démissionne à la fin de l'année 2010 et sollicite, à cette occasion, le bénéfice de l'indemnité de départ volontaire instituée par le décret n° 2008-368 du 17 avril 2008 notamment pour les fonctionnaires qui quittent définitivement la fonction publique de l'Etat à la suite d'une démission régulièrement acceptée. Mécontent du montant de l'indemnité qui lui avait été accordée, il a contesté la décision la lui octroyant devant le tribunal administratif de Montreuil. Il n'a que partiellement obtenu satisfaction et a fait appel. Le ministre a de son côté fait un appel incident, auquel la cour administrative d'appel a fait droit, rejetant l'appel et la demande de l'intéressé. M. A... se pourvoit régulièrement en cassation.

1- L'arrêt ne souffre d'aucun des deux défauts de réponse à moyen invoqués par le requérant. La cour a suffisamment répondu, tant à la fin de non recevoir qu'il soulevait à l'encontre de l'appel incident du ministre qu'au moyen par lequel il soutenait que la rémunération des activités accessoires devait être prise en compte dans l'assiette du calcul de l'indemnité.

2- La cour n'a pas non plus commis d'erreur de droit sur ce point.

L'article 6 du décret du 17 avril 2008 prévoit que « *le montant de l'indemnité de départ volontaire ne peut excéder une somme équivalente à vingt-quatre fois un douzième de la rémunération brute annuelle perçue par l'agent au cours de l'année civile précédant celle du dépôt de sa demande de démission* ». M. A... soutenait que cette « *rémunération brute annuelle* » devait inclure la rétribution qu'il avait reçue, au cours de l'année civile précédant sa demande, pour son activité accessoire d'enseignement.

Mais la cour a jugé sans erreur de droit que la rémunération brute annuelle dont s'agit doit s'entendre de celle définie par l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, c'est-à-dire de celle à laquelle le fonctionnaire a droit après qu'il a fait son service. En effet, c'est bien de ce service qu'il démissionne et donc auquel se rattache nécessairement la rémunération en cause – et c'est bien ce terme de rémunération que le décret utilise et non celui de « revenus ».

Peu importe que le fonctionnaire ait exercé une activité accessoire, quand bien même celle-ci lui avait été proposée au vu des fonctions qu'il occupait et quand bien même l'enseignement qu'il dispensait était destiné à d'autres agents publics pendant les heures de service. Il s'agissait bien d'une activité différente, non obligatoire, et rétribuée pour ce motif, qui ne peut

être regardée comme faisant partie de la rémunération servie au fonctionnaire en la qualité de fonctionnaire dont il demande à démissionner. Vous avez d'ailleurs déjà jugé que cette rétribution ne faisait pas partie du régime indemnitaire des fonctionnaires et ne présentait pas de caractère statutaire (15 mars 2000 *F...* n° 191764 aux Tables).

Rien n'interdisait d'ailleurs à M. A... de continuer à exercer cette activité accessoire et à être rémunéré à ce titre après sa démission. Le décret n° 56-585 du 12 juin 1956 alors en vigueur, au titre duquel son enseignement avait été rétribué, prévoyait une rétribution identique pour les personnes étrangères à l'administration et le décret n° 2010-235 du 5 mars 2010 qui l'a remplacé la permet toujours.

3- Reste un sujet plus délicat, qui concerne la contestation par M. A... du décompte de son ancienneté.

3.1- Le décret de 2008 n'a rien dit sur ce décompte. Il s'est contenté de prévoir, toujours au même article 6, que « *le montant de l'indemnité peut être modulé à raison de l'ancienneté de l'agent dans l'administration* ».

En revanche, les ministres de l'économie et du budget ont pris le 4 février 2009 un arrêté qui en a dit davantage. Ils ont d'abord utilisé la possibilité ouverte par le décret en décidant que le montant de l'indemnité serait effectivement fonction de l'ancienneté de l'agent. Et, d'autre part, ils ont précisé comment se calculait ce montant en prévoyant qu'il serait égal à « *un douzième de la rémunération brute annuelle perçue par l'agent au cours de l'année civile précédant celle du dépôt de la demande de démission multiplié par le nombre d'années d'ancienneté dans l'administration* », dans la limite du plafond fixé par le décret, c'est-à-dire vingt-quatre fois ce douzième – autrement dit, dans la limite de vingt-quatre ans d'ancienneté.

Ce qui suscite l'ire de M. A..., c'est qu'en application de cet arrêté, son ancienneté ait été décomptée en années pleines. M. A... totalisait onze années et six mois d'ancienneté et il aurait voulu percevoir 11,5 fois le douzième de l'assiette et non pas seulement 11 fois.

3.2- Sa contestation porte d'abord sur cette interprétation de l'arrêté ministériel, mais elle ne convainc guère. « *Le nombre d'années d'ancienneté dans l'administration* » renvoie plutôt à un nombre entier qu'à un nombre décimal.

3.3- On peut davantage hésiter sur la réponse faite par la cour – dont l'arrêt est suffisamment motivé sur ce point - au moyen tiré de ce que ce mode de prise en compte de l'ancienneté serait constitutif d'une rupture d'égalité.

Non pas bien entendu à l'intérieur du corps d'origine de M. A.... Sans doute ce mode de calcul aboutit-il à accorder la même indemnité à tous les fonctionnaires dont l'ancienneté s'échelonne entre onze ans et onze ans et onze mois. Mais le principe d'égalité n'est jamais méconnu lorsque des fonctionnaires en situations différentes sont traités de la même façon. Et s'il y a un effet de seuil, il n'est en tout état de cause pas manifestement disproportionné au regard de la différence d'ancienneté d'une année pleine à l'autre.

En revanche, on peut être davantage gêné par le fait que la modulation à raison de l'ancienneté appliquée à Bercy ne soit pas nécessairement la même que dans d'autres ministères.

La cour a écarté cette branche de la rupture d'égalité comme inopérante en répondant, de la façon la plus classique, qu'entre fonctionnaires le principe d'égalité s'appliquait corps par corps (23 mars 1977 *association générale des attachés d'administration centrale* n° 01863 aux Tables p. 865). Ce dont M. A... a beau jeu de tirer un moyen d'erreur de droit en rappelant que vous admettez que le principe d'égalité soit opérant à l'encontre des normes régissant la situation des fonctionnaires qui, en raison de leur contenu, ne sont pas limitées à un même corps ou à même cadre d'emploi (9 février 2005 *syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police* n° 229547 p. 35). Dans cette affaire, vous aviez annulé un décret qui ouvrait droit à des avantages, en termes d'ancienneté et de droit de mutation, aux fonctionnaires affectés dans des quartiers urbains difficiles, dans des conditions différentes pour les fonctionnaires de police et de l'éducation de nationale par rapport aux autres catégories de fonctionnaires.

M. A... n'avait pas, devant le juge du fond, soulevé d'exception d'illégalité du décret de 2008. Et, de fait, le décret de 2008 ne dit rien de régimes différenciés selon les ministères comme c'était le cas dans l'affaire de 2005, il se contente de permettre une modulation de l'indemnité de départ volontaire en fonction de l'ancienneté, sans préciser à qui incombe de décider de cette modulation.

Par ailleurs, si M. A... avait bien soulevé en revanche une exception d'illégalité de l'arrêté pris pour son ministère, en soutenant qu'il ne pouvait pas légalement prévoir un régime différent de celui des autres ministères, il nous semble tout aussi difficile de reprocher une rupture d'égalité à l'arrêté alors qu'il prévoit un régime uniforme pour tous les agents auxquels il s'applique.

En réalité, il nous semble que la question se ramène à une question de compétence, qui est d'ordre public même par exception (assemblée 23 octobre 1964 *Commissaire du gouvernement près la commission régionale des dommages de guerre de Bordeaux c/ D...*, n° 5342 p. 487 ; Section, 28 mai 1971, *Association des directeurs d'instituts et de centres universitaires d'études économiques régionales*, n° 80819 p. 390) et en cassation (29 mars 2000 *P...* n° 196127 aux Tables p. 1180 ; 5 décembre 2005 *M...* n° 278133 p. 544).

Soit un arrêté ministériel avait compétence pour fixer le régime de cette prise en compte de l'ancienneté, et alors nécessairement, il n'avait pas à se préoccuper de la façon dont cette prise en compte se faisait ailleurs, car nous voyons mal comment le respect par un texte réglementaire du principe d'égalité s'apprécierait au regard du contenu d'autres textes réglementaires, de surcroît de même niveau dans la hiérarchie des normes. Il ne nous paraît en effet pas possible d'étendre à un texte réglementaire le raisonnement comparatif que vous faites s'agissant du respect du principe d'égalité par une décision individuelle prises dans un domaine de pouvoir discrétionnaire (section *ministre du logement c/ Mme C...* 30 décembre 2010 n° 308067 p. 533).

Soit il n'était pas compétent, notamment parce que le principe d'égalité s'appliquait à un niveau plus large interdisant d'ouvrir une marge de manœuvre d'un pouvoir réglementaire situé à un niveau inférieur.

La délégation donnée par le décret de 2008 ne plaide pas en faveur d'une compétence du ministre pour décider d'une modulation en fonction de l'ancienneté, puisque son article 2 se

borne à confier au ministre le soin de décider du champ d'application matériel et temporel de l'indemnité de départ volontaire, en fixant, d'une part les services, corps, grades, emplois ou assimilés concernés par une restructuration et pour lesquels l'indemnité peut être attribuée, d'autre part la période pendant laquelle elle peut être allouée. Autrement dit, le décret a l'air de permettre au ministre de décider de la cible qui pourra avoir vocation à prétendre à l'indemnité, mais pas des modalités de son attribution.

Sur ces modalités et la « vocation à prétendre », il nous faut au passage fermer la piste qui consisterait, à la suite de la décision de section du 4 février 2015 *ministre de l'intérieur c/ M. E...* n° 383267, à publier au recueil, à regarder l'indemnité de départ volontaire comme une mesure gracieuse, ce qui aurait pour effet de rendre le moyen de rupture d'égalité radicalement inopérant (24 juillet 1981 *L...* n° 23110 p. 590).

Sans doute le décret n'était-il pas obligé d'instituer une indemnité à destination des fonctionnaires qui démissionnent, et qui ne peuvent bien entendu se prévaloir d'aucun droit à être indemnisé à raison de ce libre choix. Mais il n'en demeure pas moins que l'indemnité, une fois instituée par ce décret, n'est plus une mesure gracieuse.

Il ne s'agit pas d'un droit, même dans les services ciblés par les ministres, puisque le décret dit bien que l'indemnité « peut » être attribuée, ainsi que vous l'avez d'ailleurs déjà jugé pour d'autres indemnités de départ volontaire (12 juillet 2002 *T...* n° 244690 aux Tables p. 859). Mais ceux qui entrent dans le champ du texte ont une « vocation à y prétendre », pour reprendre les termes utilisés par notre collègue Béatrice Bourgeois-Machureau dans ses conclusions sur l'affaire de section (publiées à la RFDA 2015. 471) pour différencier les décisions prises en matière de pouvoir discrétionnaire et les mesures gracieuses.

Dans ce cadre le principe d'égalité est opérant (on peut voir également, sur ce sujet, la chronique de Jean Lessi et Louis Dutheillet de Lamothe à l'AJDA du 9 mars 2015 p. 441 *L'obligation, le choix, la grâce.*)

Ce qui prête à hésitation, ce sont les conséquences à en tirer dans l'organisation de la distribution de cette indemnité.

Soit toutes les décisions individuelles prises dans le champ d'application du décret devaient satisfaire entre elles au principe d'égalité, et alors, même au titre de sa compétence réglementaire de chef de service (Section, 7 février 1936, *Jamart*, p. 172), un ministre ne pouvait en fixer les modalités d'attribution. Il aurait fallu un texte réglementaire ou des lignes directrices couvrant le même champ d'application que le décret.

Soit le décret préservait une marge au ministre chef de service dans la politique de mise en oeuvre, et alors il faut admettre que le principe d'égalité ne se vérifiait que dans ce périmètre partiel. Bien que l'hésitation soit possible, c'est ce que nous vous proposons de retenir.

D'une part en effet, vous avez déjà jugé qu'un ministre est compétent, au titre de son pouvoir réglementaire « Jamart », en l'absence de dispositions législatives et réglementaires, pour fixer les règles relatives au versement des prestations non statutaires aux agents placés sous son autorité (6 décembre 2002 *M. N...* n° 222816 aux Tables p. 584).

D'autre part, il nous semble que l'article 2 du décret, tout en opérant une délégation circonscrite à la définition de la « cible » de l'indemnité, met en évidence que la logique du système est de permettre aux ministres de disposer d'un outil incitatif leur permettant d'accompagner selon leurs besoins les restructurations de leurs services. C'est le ministre qui distribue la prime et il n'est pas illogique que ce soit lui qui fixe sa propre politique en ce domaine, le cas échéant par voie réglementaire. C'est d'ailleurs bien ainsi que les choses se sont passées, nombre de services et de ministères ayant pris des textes fixant les modalités de calcul du montant de l'indemnité et notamment de la modulation en fonction de l'ancienneté.

Nous vous proposons, dans ces conditions, après avoir redressé le raisonnement de la cour d'écarter l'erreur de droit sur la rupture d'égalité.

Par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi.