

N° 372377

M. B...

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

Séance du 7 octobre 2015

Lecture du 2 novembre 2015

## CONCLUSIONS

### M. Jean LESSI, rapporteur public

M. B..., secrétaire administratif à la maison d'arrêt de Sarreguemines, a été placé en congé de maladie ordinaire début janvier 2011 après avoir traversé une période difficile émaillée de différends avec ses collègues et le directeur de l'établissement. A partir du 1<sup>er</sup> février 2012 M. B... a cessé d'envoyer à son employeur tout justificatif d'absence, en particulier tout certificat médical. L'administration l'a alerté, par un courrier du 7 février 2012, de l'irrégularité de sa situation. En l'absence de réponse, la directrice interrégionale de l'administration pénitentiaire a pris, le 4 mai 2012, une décision de retenue sur rémunération à compter du 1<sup>er</sup> février. Ce n'est qu'en juillet 2012, que M. B... a fait parvenir des certificats pour cette période.

Toujours est-il que M. B... a demandé au tribunal administratif de Strasbourg d'annuler cette décision de retenue sur traitements et de l'indemniser pour le préjudice subi. Par un jugement du 16 avril 2013, contre lequel il se pourvoit en cassation, le tribunal a rejeté sa requête.

Le premier moyen, tiré de ce que le tribunal aurait omis de relever d'office le moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de la signataire de la décision attaquée, ne peut qu'être écarté, dès lors qu'une telle incompétence ne ressortait pas des pièces du dossier de première instance.

Le moyen suivant, bien plus délicat, est tiré de ce que **le tribunal a commis une erreur de droit en jugeant que la décision de retenue sur traitement pour service non fait n'est pas au nombre des décisions qui doivent être motivées** en application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 ou d'un texte spécial. Le tribunal a écarté comme inopérant, pour ce motif, le moyen de défaut de motivation soulevé par M. B... **Une telle décision est-elle, comme il est soutenu, une décision qui « refuse un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir » ?**

**Cette question**, qui fait globalement l'objet d'une réponse négative de la part des tribunaux et des cours (par ex : TA Versailles, 21 juil. 2014, n° 1004638 ; TA Lyon, 29 janv. 2014, n° 1101713 ; TA Nantes, 18 févr. 2014, n° 1106309 ; TA Châlons-en-Champagne, 14 nov. 2013, n° 1201259) **est inédite devant vous**. Vos 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> sous-sections réunies ont certes jugé qu'une décision de retenue sur salaire prise à l'encontre d'un agent qui a exercé son droit de retrait, alors que la condition de danger grave et imminent pour la vie ou la santé

n'était en réalité pas remplie, est au nombre des décisions qui refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit (voyez CE, 18 juin 2014, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme C...*, n° 369531, aux Tables). Mais cette décision ne tranche que ce cas particulier.

Nous avons d'abord pensé vous proposer de retenir l'existence d'une **obligation de motivation, en nous appuyant sur une lecture assez littérale des textes à appliquer**. L'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, consacre le « droit » des fonctionnaires à rémunération après service fait. Une retenue revient à refuser au fonctionnaire un avantage dont l'attribution constitue un « droit » pour ceux qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir, au sens de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979. Certes, le fonctionnaire n'a, en cas de service non fait, aucun droit à rémunération. Mais c'est précisément parce qu'il ne remplit pas la condition légale de service fait posée par l'article 20, et figurant également à l'article 4 alinéa 2, de la loi n° 61-825 du 29 juillet 1961 de finances rectificative pour 1961, que le fonctionnaire ne peut plus se prévaloir, en tout ou partie, de ce droit.

Imposer une telle exigence serait d'ailleurs opportune pour les agents concernés, y compris dans l'optique de désamorcer des contentieux ultérieurs. Il est vrai que dans bien des cas une retenue sur traitement aura été précédée d'une alerte émanant de l'administration, alors même que juridiquement rien ne l'y contraint dans la généralité des cas. Il nous semble, au demeurant, qu'une telle obligation, que vous appliquez avec pragmatisme, ne créerait pas pour les administrations une surcharge de travail considérable, sauf évidemment en cas de grèves suivies.

Au surplus, dans de nombreux cas, mais pas dans tous, l'administration est en compétence liée pour procéder aux retenues – rendant le moyen inopérant (CE, 19 déc. 2012, *T...*, n° 346245, aux Tables ; CE, 23 sept. 2013, *M. M...*, n° 350909, aux Tables).

Pourtant, **telle n'est pas la solution que nous vous proposerons d'adopter, compte tenu de la nature très particulière de la « décision » de retenue sur traitement**. Vous avez jugé, dans une décision *N...* du 18 avr. 1980 (n° 10892, aux Tables) que la retenue sur traitement n'a pas le caractère d'une sanction disciplinaire, « mais constitue une **mesure purement comptable** qui n'est soumise à aucune procédure particulière ». Ce que vous avez dit sur la procédure ne préjuge pas, il est vrai, de ce qu'il convient de dire sur la forme, et ce d'autant moins que les dispositions de l'article 24 de la loi « DCRA » n° 2000-321 du 12 avril 2000, relatives au contradictoire, ne s'appliquent pas aux relations entre administration et agents. En outre, quelle que soit l'origine de la règle du service fait, règle générale de la comptabilité publique (V. Marcé, *Traité de la comptabilité publique* : Presses de Dijon, 1905, p. 35, cité par A. Taillefait, in JCL, Fasc. 260, n° 69), il est un peu excessif de voir dans toute retenue sur traitement une mesure « purement comptable ».

Mais cette qualification traduit à nos yeux une réalité : il n'est pas évident de voir dans la retenue, du moins dans la généralité des cas, le « refus » d'un avantage, au sens de la loi de 1979. L'administration calcule la rémunération du fonctionnaire au vu des éléments dont elle dispose : le grade, l'échelon, la situation familiale (pour SFT), et le nombre de journées de service fait. Sur aucun de ces éléments, le niveau fixé ne saurait s'analyser comme un refus de fixer davantage : l'administration, qui n'a pas été saisi d'une demande préalable, tire les conséquences des éléments constituant l'assiette de calcul. Sauf à ce que vous la réexaminiez, votre jurisprudence nous semble reposer sur une assimilation du décompte des jours de

service régulièrement faits aux autres éléments de l'assiette, pour lesquels on imaginerait mal exiger que l'administration motive son choix de ne pas donner davantage<sup>1</sup>.

Notre seul regret, en réalité, si vous nous suivez, tient à ce qu'aucun texte n'impose, à défaut de motivation, d'adresser *a minima* à l'agent un décompte des jours de retenues sur traitement. Un tel texte existe en droit privé, où l'article R. 3243-1 du code du travail prévoit que le bulletin de paie indique « 8° La nature et le montant de tous les ajouts et retenues réalisés sur la rémunération brute ». Etrangement, aucun texte ne régit les mentions obligatoires des bulletins de paie des agents publics. Cependant, nous relevons que telle est la pratique.

Nous vous proposons donc de juger qu'une décision de retenue sur traitement n'a pas, en principe, à être motivée, du moins dans le cas le plus fréquent où il s'agit d'une retenue pour absence totale de service fait au titre du 1°) de l'article 4 de la loi du 29 juillet 1961 – le cas, plus rare, de la retenue pour absence d'exécution des obligations de service, prévu au 2° de l'article 4, peut être réservé.

En revanche, **nous n'entendons pas vous proposer de revenir sur la solution retenue en 2014 pour le cas particulier des retenues pratiquées en cas d'exercice irrégulier du droit de retrait**. Dans ce cas, l'administration a bien refusé quelque chose, à savoir le bénéfice d'un régime juridique protecteur dont se prévalait l'agent, celui du droit de retrait. Il ne s'agit d'ailleurs pas tant d'une exception à la solution que nous vous proposons, que d'une autre problématique : ce que l'administration refuse, c'est moins le bénéfice du traitement en tant que tel que celui d'un régime protecteur plus global. Il n'est pas anodin de remarquer que l'article 5-6 du décret du 28 mai 1982 impose d'ailleurs à l'agent d'alerter l'autorité compétente lorsqu'il entend exercer son droit de retrait, alerte qui appelle, de la part de l'administration, une prise de position.

Il nous semble que cette solution pourrait être étendue à **d'autres situations où l'agent se prévaut d'un régime juridique particulier, d'une sorte de « fait justificatif » devant selon lui neutraliser la mécanique implacable des retenues sur traitement**. Ce n'est pas pour rien que, en cas d'arrêt maladie dûment justifiée, l'administration ne peut interrompre les versements du traitement qu'après contre-visite médicale mais aussi, comme vous l'avez jugé et comme nous allons y revenir dans quelques instants, qu'après injonction faite à l'agent de reprendre son poste.

Nous ferons une dernière observation. La solution, si vous nous suivez, est **adaptée au cas où la retenue est pratiquée d'emblée**, sur la paie du mois concerné. A l'inverse, si l'administration – mais ce n'est en principe pas le cas – **ordonne le reversement**, on entrerait dans la catégorie des décisions imposant une sujétion (CE, avis, 16 octobre 2013, M. et Mme I..., n° 368174, p. 256, pour une répétition d'indu de RSA ; CE, Sect., 13 mars 2015, ODEADOM, n° 364612, au Recueil, pour le remboursement d'une aide) – et le titre de recette lui-même doit évidemment indiquer les bases de la liquidation. **Or souvent le procédé est**

---

<sup>1</sup> Certains éléments de rémunération sont bien entendu rétifs à ce raisonnement, ne serait-ce que des primes ou indemnités modulés selon la manière de servir. Mais nous relevons que vous dispensez dans ce cas l'administration de l'obligation de motivation sur un autre fondement, qui est **l'absence de « droit »** à obtenir un taux de prime déterminé (voyez CE, 23 nov. 2005, *Mme A...*, n° 275515, aux Tables ; CE, 18 nov. 1987, *Ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ D...*, n° 74 435, inédite ; CE 17 avr. 1991, O..., au Recueil p. 1019).

**intermédiaire : la retenue est pratiquée, par une sorte de compensation, sur une paie ultérieure.** Mais il nous semble que ce procédé ne suffit pas à assimiler la retenue à une sujétion au sens de votre jurisprudence, qui vise les cas où l'administration, très concrètement, reprend ce qu'elle a donné.

Si vous nous suivez, vous écarterez le moyen d'erreur de droit soulevé par M. B....

Venons-en au **moyen suivant, lui aussi d'erreur de droit.** Le Tribunal a jugé que, dès lors qu'il n'avait pas adressé son certificat médical dans un délai raisonnable, à compter de la date d'expiration de son précédent arrêt, son absence devait être regardée comme irrégulière et la retenue comme justifiée. Or, selon M. B..., son absence serait devenue irrégulière qu'à la date, ultérieure, à laquelle la contre-expertise médicale avait été effectuée ou aurait dû l'avoir été.

Mais ce moyen s'appuie sur une combinaison très contestable de deux courants jurisprudentiels. Le premier, qui remonte à une décision du 5 juin 1985, *Ministre des PTT c/ R...*, n° 47777, au Recueil, juge, à une époque où les textes ne fixaient aucun délai, que l'agent souhaitant obtenir un congé de maladie doit adresser son certificat médical dans un « délai raisonnable » (aujourd'hui ce délai, aligné sur le secteur privé, est de 48 heures). Si ce délai est dépassé, il y a service non fait et l'administration est fondée à retenir les traitements perçus. Le deuxième courant est issu de votre décision *O...*, du 21 oct. 1994 (n° 133547, aux Tables), qui fait application de l'article 25 du décret du 14 mars 1986, dispositions permettant à l'administration de faire procéder à une contre-visite médicale. Cette décision juge, d'une part, que lorsque l'administration estime, au vu du rapport du médecin procédant à la contre-visite, que l'intéressé doit reprendre le travail, il lui appartient de lui adresser une injonction en ce sens et, d'autre part, que l'administration n'est fondée à procéder à des retenues qu'à compter de la date de l'injonction, et non de la date, antérieure, de la contre-visite.

La décision *O...* ne juge selon nous **rien d'autre** et, en particulier, **nous ne la comprenons pas comme ayant pour effet d'écraser la jurisprudence *Bartier*.** Il y a pour nous **deux motifs différents de retenue.** Il se peut qu'au début de l'arrêt ou de son renouvellement, l'intéressé omette d'adresser son certificat dans un délai raisonnable : c'est un premier motif. Il se peut ensuite – peu importe ce qui s'est passé à l'étape précédente – que l'administration doute de la justification au fond du certificat médical envoyé, ordonne une contre-visite, puis demande à l'intéressé de reprendre son travail : c'est un second motif.

Pour cette raison, le moyen pourra être écarté : le tribunal n'avait pas à subordonner l'interruption des versements, pour le premier motif, à une obligation de contre-visite qui se rattache à un autre motif de retenue. Nous ne nions pas que la jurisprudence *R...* a une dimension brutale, en autorisant les retenues dès l'expiration du délai raisonnable, sans avertissement – même si nous relevons qu'il en va ainsi dans le secteur privé. Mais la question de savoir s'il conviendrait, prétorienement, de mettre à la charge de l'administration une obligation d'alerte préalable à l'attention de son agent avant de mettre à exécution les retenues, ne vous est pas posée. Il nous semble d'autant moins opportun de prendre l'initiative de construire un tel système<sup>2</sup> que, pour l'avenir, l'état du droit a été profondément renouvelé par

---

<sup>2</sup> Une obligation voisine de « mise en demeure » a certes été prétorienement forgée pour l'abandon de poste. Mais comme l'expliquait Patrick Hubert dans ses conclusions sur CE, 15 mars 1999, *Ministre de l'économie c/ P...*, n° 184601, « la mise en demeure est une sorte d'astuce procédurale qui, une fois que le fonctionnaire a

le décret n° 2014-1133 du 3 octobre 2014, qui modifie l'article 25 du décret du 14 mars 1986 pour prévoir, précisément, un tel système d'alerte.

Quant au **dernier moyen**, tiré de l'erreur de qualification juridique qu'aurait commis le tribunal en excluant l'existence d'une faute de l'administration, il n'a pas de substance propre, et ne peut qu'être écarté dès lors que vous écarterez les moyens par lesquels est contestée l'appréciation portée par les juges du fond sur la légalité de la décision de retenue sur traitement litigieuse.

**Par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi de M. B...**

---

refusé de s'y conformer, permet de transformer un comportement objectif en une volonté subjective de rompre les liens avec le service et donc de se priver des garanties disciplinaires (19 décembre 1952, Port, p. 753 ; 5 mars 1958, Demoiselle Millou, p. 145). » L'obligation de procédure n'est que le viatique permettant de vérifier qu'une condition de fond est remplie. Bâtir un tel système avant une retenue sur traitement pour service non fait, y compris en le cantonnant à l'hypothèse du congé de maladie non suivi de l'envoi du certificat médical dû, nous paraît moins évident.