

N° 387363

M. A...

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

Séance du 13 janvier 2016

Lecture du 3 février 2016

## CONCLUSIONS

### M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. Votre jurisprudence a précisé dans quelle mesure un ministre peut définir les modalités de répartition d'une prime créée par un décret indemnitaire sans méconnaître la compétence attribuée au pouvoir réglementaire général. Plus singulière est la question de savoir ce que peut faire le ministre sans méconnaître les compétences attribuées à des autorités qui lui sont subordonnées dans le cadre de la déconcentration. Limitation de la compétence du ministre par le bas, donc, par opposition à celle par le haut plus classique.

C'est le respect de ces frontières qui est au cœur de la présente affaire.

II. Vous admettez que le ministre exerce en matière indemnitaire les prérogatives d'organisation des services placés sous son autorité que vous lui avez reconnues par votre décision de Section Jamart du 7 février 1936 (n° 43321, au Rec. p. 172), dès lors que les règles qu'il fixe n'ont pas le caractère d'avantages statutaires (sur ce dernier point, voyez 6 décembre 2002, M. N..., n° 222816, aux T.).

Avant les réformes statutaires de 1983, vous considériez, comme le rappelle le président Genevois dans ses conclusions sur la décision de Section du 8 janvier 1982 SARL Chocolat de régime Dardenne, au Rec. p. 1, qu'en l'absence de toute disposition en décidant autrement, le ministre pouvait intervenir dans la réglementation de la situation des agents, ce qui pouvait comprendre les modalités de leur rémunération, en particulier les indemnités (voyez par exemple Section du 24 avril 1964, Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires, au Rec. p. 241 ou encore 7 février 1979, Syndicat général de l'Education nationale (S.G.E.N.-C.F.D.T.), n° 05632, aux T.).

L'article 20 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est depuis intervenue, et elle dispose que « Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant (...) les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire (...) ».

Il n'en résulte pas que le ministre a perdu son pouvoir d'organisation dans le domaine indemnitaire. Votre récente décision M. U... du 21 septembre 2015 (n° 382119, au Rec.) prend ainsi bien soin de se placer dans la lignée Jamart pour affirmer qu'il peut établir, dans le respect des règles générales fixées par le décret indemnitaire, la réglementation applicable au

versement d'une indemnité au sein de son administration<sup>1</sup>. Mais vous déduisez de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983 un encadrement strict des pouvoirs du ministre.

Celui-ci est incompétent pour créer une prime et en définir les conditions d'attribution : voyez la décision R... du 8 novembre 1991 (n° 88379, au Rec. p. 27). Mais il ne peut non plus modifier les règles d'attribution de primes fixées par les décrets indemnitaires : vous censurez ainsi pour incompétence l'introduction d'une modulation géographique non prévue par les textes (voyez la décision M. M... du 20 mars 2002, n° 223623, au Rec.) ; la substitution d'un critère géographique à la prise en compte de la situation individuelle de chaque agent prévue par les décrets indemnitaires<sup>2</sup> (27 juin 2008, Mme P..., n° 312977, inédit) ; ou encore, la fixation de règles d'attribution des primes qui s'ajoutent à celles prévues par les décrets indemnitaires, qu'il s'agisse de règles de fond - sur les conditions de modulation de primes individuelles - ou de procédure - entretien individuel<sup>3</sup> ou élaboration d'un rapport<sup>4</sup> (voyez la décision du 3 juillet 2009, Syndicat national FO des personnels de préfecture et M. M... (n° 309925, 311886, aux T.).

### III. Qu'en est-il en l'espèce ?

Le décret du 18 septembre 2007 crée l'indemnité de rendement et de fonctions allouée aux architectes et urbanistes de l'Etat, corps technique à caractère interministériel de catégorie A<sup>5</sup>, qui comporte deux grades : ceux d'architecte et urbaniste de l'État et d'architecte et urbaniste de l'Etat en chef.

En vertu de l'article 2 du décret, l'indemnité comprend deux parts, l'une dite « fonctions » tenant compte des responsabilités, du niveau d'expertise et des sujétions spéciales liées aux fonctions exercées, l'autre dite « rendement » tenant compte de l'atteinte des objectifs fixés dans le cadre de la procédure d'évaluation prévue par le décret du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'Etat, depuis abrogé.

L'article 3 du décret renvoie à un arrêté du ministre chargé de la fonction publique, du ministre chargé du budget et des ministres intéressés la fixation pour chaque grade ou emploi du montant de référence de chaque part. C'est l'objet de l'arrêté pris avec les ministres chargés de l'aménagement et du développement durables et de la culture, également en date du 18 septembre 2007, qui fixe les montants de référence annuels pour chaque grade : 5 375 € pour la part « rendement » et à 1600 € pour la part « fonctions », pour les agents du premier grade ; respectivement 6625 € et 2 600 € pour les agents du second grade.

Les conditions de modulation de ces montants de référence sont en revanche directement fixées par le décret. Il prévoit ainsi que le montant individuel lié à l'atteinte des objectifs (part « rendement ») peut être modulé par application au montant de référence d'un coefficient compris dans une fourchette de 0 à 4.

<sup>1</sup> Pour l'indemnité de départ volontaire instituée par le décret du 17 avril 2008

<sup>2</sup> Pour l'attribution de l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires - IFTS - et de l'indemnité d'administration et de technicité - IAT.

<sup>3</sup> En cas de baisse des indemnités servies à un agent par rapport aux taux moyens d'objectifs (TMO).

<sup>4</sup> En cas de carence professionnelle avérée conduisant à attribuer le taux de primes plancher.

<sup>5</sup> Dont le statut résulte du décret n°2004-474 du 2 juin 2004.

C'est pour préciser ces mécanismes qu'intervient la note de gestion attaquée, prise au nom des ministres en charge de l'écologie et du logement, relative au régime indemnitaire 2014 des architectes et urbanistes de l'Etat qui relèvent de leur gestion. Elle nous paraît divisible en ce qu'elle concerne la part « fonction » et la part « rendement », qui font l'objet de dispositions distinctes et nettement différenciées.

C'est la modulation de la part « rendement » qui concentre le plus de critiques, et qu'il nous faut d'abord vous préciser. Le point 3 de la note en lien avec son annexe 2 institue un mécanisme de « répartition » de cette part aux rouages tout à fait particuliers :

1. L'annexe 2 détermine une « dotation 2014 » d'une valeur un peu supérieure au double du montant de référence fixé par l'arrêté de 2007 (12.050 € et 13.350€ pour les premier et second grades).

2. La note fixe ensuite deux modalités de modulation de la prime individuelle par rapport à cette dotation :

– la première est laissée à l'appréciation du chef de service, dans une fourchette allant de 0,4 fois à 1,6 fois la dotation. Il faut bien comprendre que ces « coefficients » s'appliquent à la « dotation » dont le montant est proche du double des valeurs de référence fixées par l'arrêté du 18 septembre 2007. Rapportée à ces valeurs, l'échelle de variation est de 0,9 à 3,6 pour le premier grade, et de 0,8 à 3,2 pour le second grade.

– la note permet ensuite d'aller au-delà de ces valeurs, dans la limite des seuils fixés par le décret (c'est-à-dire de 0 à 4 fois le montant de référence), mais elle précise que « de tels dépassements nécessitent un rapport » à l'administration centrale.

3. La note prévoit ensuite une procédure d'harmonisation nationale, l'exercice consistant à fixer une contrainte de moyenne de 1,17 pour le premier grade et de 1,34 pour le second grade, ces coefficients s'appliquant, semble-t-il, au montant de la dotation 2014.

4. Enfin, la note prévoit une progression maximale annuelle de 0,2, dont il est dit qu'elle « correspond à une augmentation exceptionnelle », qui « ne peut être reconduite deux ans de suite ».

IV. Nous vous proposons d'aller droit au moyen tiré de ce que la note de gestion attaquée est dépourvue de base légale du fait qu'elle institue un mode de calcul de la part « rendement » différente de celui résultant du décret et de l'arrêté du 18 septembre 2007.

Vous pourrez y voir un moyen d'incompétence du ministre pour modifier les règles d'attribution de cette part de la prime. Au vu des pouvoirs que vous reconnaissez au ministre depuis l'intervention de la loi statutaire du 13 juillet 1983, la critique nous paraît fondée.

On peut comprendre la démarche du ministre consistant à se référer à une valeur moyenne (la « dotation ») et à organiser une modulation autour de cette valeur (c'est le point

1.). Mais il ne peut ajouter au décret en instituant (c'est le point 2.) un mécanisme à double ressort, composé d'une règle de fond consistant à contenir la variation dans un rapport légèrement réduit par rapport à celui prévu par le décret indemnitaire et d'une règle de procédure, en l'espèce l'envoi d'un rapport à l'administration centrale, pour sortir de cette fourchette. Ce sont exactement les types de règles que vous avez censurés par votre décision Syndicat national FO des personnels de préfecture et M. M... du 3 juillet 2009, déjà citée. La règle limitant la variation annuelle (point 4) tombe sous le coup de la même critique.

Vous n'aurez donc pas de mal, selon nous, à accueillir un moyen d'incompétence des ministres concernés pour fixer de telles règles.

V. Mais vous devrez aller un peu plus loin et constater que le ministre n'est, en tout état de cause, pas compétent pour fixer la part « rendement » de l'indemnité prévue par le décret du 18 septembre 2007. A l'incompétence « par le haut » s'ajoute donc une incompétence « par le bas », la fixation de cette part de l'indemnité ayant été attribuée aux chefs de service au sens organique du terme. En un mot, vous ne pouvez pas reconnaître aux ministres l'intégralité des pouvoirs attribués au « chef de service » par votre jurisprudence Jamart, car une partie de ceux-ci ont été attribués aux « chefs de service » qui leur sont subordonnés au sein de leur ministère.

Vous avez amorcé un raisonnement de ce type dans votre décision M... de 2009, en censurant des règles instituées par le ministre, qui ne constituaient pas de simples références indicatives destinées à faciliter la gestion des rémunérations des agents, sans laisser aux chefs de service toute latitude pour arrêter, dans le cadre fixé par les décrets indemnitaires, les montants individuels de primes.

Vous pouvez, dans la présente affaire, aller plus loin dès lors qu'un texte donne compétence aux chefs de services désignés par les ministres pour fixer la part « rendement » de l'indemnité.

Il est toujours malaisé, dans le brouillard de la déconcentration, de déterminer de façon certaine une telle attribution de compétence, faute de laquelle le ministre dispose de la compétence générale de gestion qui nous paraît découler de l'article 20 de la Constitution (le Gouvernement « dispose de l'administration »).

L'article 14 du décret n°92-604 du 1 juillet 1992 portant charte de la déconcentration, repris en substance par l'article 12 du décret 7 mai 2015, prévoit que des décrets en Conseil d'Etat fixeront, pour chaque ministère, après consultation des instances paritaires compétentes, les délégations de pouvoirs accordées en matière de gestion des personnels exerçant leurs fonctions dans les services déconcentrés de l'Etat.

En l'espèce, la part « rendement » de la prime en cause étant fixée compte tenu de l'atteinte des objectifs fixés dans le cadre de la procédure d'évaluation prévue par le décret du 29 avril 2002, on peut suspecter qu'elle doit être déterminée par l'autorité chargée de cette évaluation. Mais ni le décret de 2002, ni celui de 2007 ne prévoyait un tel principe.

Le décret de 2002 a cependant été remplacé par le décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'Etat, qui l'abroge. Or le décret de 2010 prévoit expressément, à son article

16, que « Lorsque des régimes indemnitaires prévoient une modulation en fonction des résultats individuels ou de la manière de servir, ces critères sont appréciés par le chef de service au vu du compte rendu de l'entretien professionnel ». Il nous paraît se déduire de façon certaine de ce pouvoir d'appréciation, qui s'exerce au vu des critères réglementaires, que le chef de service fixe le montant individuel de la part « rendement » de la prime.

Nous relevons que la notion de « chef de service » n'est précisée qu'à l'article 9, mais pour un autre dispositif, celui des réductions d'ancienneté attribuées au vu de leur valeur professionnelle. Il est prévu que leur liste est fixée par des arrêtés des ministres intéressés ou des décisions des autorités investies du pouvoir de gestion des corps concernés, « à un niveau permettant d'établir, compte tenu des effectifs, une comparaison de la valeur professionnelle des agents de chaque corps concerné ». Il nous semble que cette désignation vaut pour les autres dispositifs ayant pour objet de reconnaître la valeur professionnelle, dont celui des primes de type rendement, mais vous n'avez pas à vous prononcer sur ce point.

VI. Vous pourrez donc relever une double incompétence du ministre pour avoir fixé des règles qui non seulement ajoutent aux décrets indemnitaires mais restreignent le pouvoir d'appréciation des chefs de service.

Que peut faire le ministre dans une telle organisation ?

Il conserve les attributs du pouvoir hiérarchique, sur recours ou par substitution.

Il conserve selon nous le pouvoir d'organisation du service nécessaire à l'encadrement du pouvoir délégué à ses chefs de service : il lui appartient ainsi de fixer des règles qui permettent de s'assurer du respect des enveloppes de crédits, par exemple par la fixation de valeurs moyennes ou l'attribution d'enveloppes par service selon des critères objectifs.

Pour le reste, il ne peut que fixer des lignes directrices sur la mise en œuvre, par les chefs de service, des pouvoirs qui leurs sont délégués.

Le moyen conduit de façon certaine à faire tomber la note de gestion en tant qu'elle concerne la part « rendement », qui est divisible comme nous l'avons déjà dit (voyez sur ce point Fédération CFDT de la protection sociale, du travail et de l'emploi et Syndicat Interco CFDT du 27 mars 1992, n° 63535, aux T.).

VII. Vous pourrez en revanche écarter les moyens dirigés contre la note en tant qu'elle régit la part « fonctions ».

1. Il est soutenu que la note méconnaît le principe d'égalité de traitement entre catégories de fonctionnaires de statut similaire, en établissant un régime indemnitaire moins favorable pour le corps des architectes et urbanistes de l'Etat que pour celui des ingénieurs des ponts, des eaux et des forêts.

La critique se fonde sur la comparaison entre le dispositif objet de la note attaquée et celui résultant d'un décret du 30 septembre 2010 institué pour les membres du corps des ingénieurs des ponts, des eaux et des forêts, instituant une indemnité comparable dans son principe, mais plus avantageuse pour ses bénéficiaires selon le requérant. Elle nous paraît cependant inopérante à l'encontre de la note de gestion, qui ne fait que fixer, s'agissant de la

part « fonctions », les coefficients qui s'appliquent à la valeur de référence fixé par l'arrêté du 18 septembre 2007.

2. Le moyen est repris par la voie de l'exception et dirigé contre cet arrêté.

Vous jugez habituellement que « le principe d'égalité de traitement n'est susceptible de s'appliquer qu'entre agents d'un même corps » : voyez par exemple, 29 décembre 2006, Syndicat national des personnels administratifs de l'ONF FO et autres, n° 289818, aux Tables ; ou encore Section, du 7 juillet 2001, Syndicat départemental de la DDE du Gard (n° 220062, au Rec.), pour un régime indemnitaire. Mais ce principe n'est pas absolu : il en va autrement lorsque les normes invoquées, dont il est soutenu que leur application est discriminatoire, ne sont pas limitées, en raison de leur contenu, à un même corps ou à un même cadre d'emplois. Voyez la décision du 9 février 2005, Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police, n° 229547, au Recueil, pour les avantages spécifiques prévus pour les fonctionnaires de l'Etat affectés dans des quartiers urbains dits difficiles ; ou encore 8 juin 2011, S..., n° 328631, au Recueil, pour l'octroi d'une pension militaire d'invalidité aux militaires de divers corps.

Mais en l'espèce, il n'existe pas un tel corps de normes transversales qui permettent d'entrer dans le raisonnement qui dépasse la limite du corps.

3. Le requérant invoque enfin la méconnaissance du décret du 20 mai 2014 dont l'objet est précisément de créer un régime indemnitaire commun à la fonction publique de l'Etat, mais dont l'article 7 prévoit une mise en œuvre progressive : il n'est pas contesté qu'il n'est pas applicable à la date de la note de gestion attaqué.

Vous pourrez finalement annuler la note de gestion du 13 octobre 2014 attaquée, en tant qu'elle concerne la part « rendement » de l'indemnité de rendement et de fonctions allouée aux architectes et urbanistes de l'Etat, et rejeter le surplus des conclusions de la requête.

Tel est le sens de nos conclusions.