

N°391825
MINISTRE DE L'INTERIEUR
c/ M. D...

5^{ème} et 4^{ème} chambres réunies
Séance du 8 juin 2016
Lecture du 27 juin 2016

Décision mentionnée aux tables du recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

Les enjeux concrets de la question que soulève le pourvoi du ministre de l'intérieur sur le versement de la nouvelle bonification indiciaire aux agents bénéficiant d'une décharge syndicale totale de service sont importants, mais la réponse à donner à cette question paraît largement engagée par votre jurisprudence.

Le statut général des fonctionnaires leur reconnaît le droit syndical et leur garantit, à l'article 8 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 *portant droit et obligations des fonctionnaires*, la liberté de créer des organisations syndicales, d'y adhérer et d'y exercer des mandats. Le décret n°82-447 du 28 mai 1982 *relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique* permet de leur accorder à cette dernière fin des décharges d'activité de service. Un crédit de temps syndical utilisable sous forme d'autorisations d'absence et de décharge de service est attribué à chaque organisation syndicale en fonction de ses résultats à l'élection du comité technique ministériel lors du dernier renouvellement général des comités techniques. Le syndicat désigne librement parmi ses représentants les bénéficiaires de crédit de temps syndical, notamment les bénéficiaires de décharges de service, exprimées sous forme d'une quotité annuelle de temps travail.

Monsieur D... est policier et bénéficie dans ce cadre, depuis 1994, d'une décharge totale de service.

En 2007, il a été muté sur un emploi fonctionnel de responsable d'unité locale de police (en pratique, l'unité dénommée « divers en résidence à la préfecture de police – inspection général des services ») auquel est attachée la nouvelle bonification indiciaire (N.B.I.). Celle-ci ne lui a pas été versée. Il en sollicité en vain le bénéfice en 2012. Le tribunal administratif de Paris a rejeté son recours du 7 mai 2014, mais la cour administrative d'appel de Paris y a fait droit. Alors que le ministre avait fini entre-temps, entre le jugement de première instance et l'arrêt d'appel, par décider d'accorder la N.B.I. à Monsieur D... à compter de 2011, il conteste néanmoins l'arrêt qui a annulé son refus pour la période antérieure et lui a enjoint de verser le montant correspondant non encore versé.

Vous avez jugé par votre décision de section du 27 juillet 2012, *B...*, n°344801, p. 316, que « le fonctionnaire de l'Etat qui bénéficie d'une décharge totale de service pour l'exercice d'un mandat syndical a droit, durant l'exercice de ce mandat, que lui soit maintenu le bénéfice de l'équivalent des montants et droits de l'ensemble des primes et indemnités légalement attachées à l'emploi qu'il occupait avant d'en être déchargé pour exercer son mandat, à l'exception des indemnités représentatives de frais et des indemnités destinées à compenser des charges et contraintes particulières, tenant notamment à l'horaire, à la durée du travail ou au lieu d'exercice des fonctions, auxquelles le fonctionnaire n'est plus exposé du fait de la décharge de service ; que, sous les mêmes réserves, le fonctionnaire qui bénéficie d'une décharge partielle de service a droit, durant l'exercice de son mandat syndical, au versement de l'ensemble des primes et indemnités qui lui sont attribuées au titre des fonctions qu'il continue d'exercer, au taux déterminé pour les fonctions effectivement exercées appliqué sur la base d'un temps plein ».

Cette décision précise ainsi, pour la rémunération des agents bénéficiant d'une décharge de service, les conséquences à tirer, qui sont loin d'aller de soi, de la combinaison de deux règles, celle qui subordonne le droit à rémunération au service fait, qui figure à l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, et celle qui figure à l'article 33 de la loi du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat*, en vertu de laquelle « Le fonctionnaire qui bénéficie d'une décharge de service pour l'exercice d'un mandat syndical est réputé être en position d'activité ».

En distinguant la situation du fonctionnaire qui bénéficie d'une décharge totale de service et celle du fonctionnaire qui ne bénéficie que d'une décharge partielle, et en se référant pour le second aux fonctions qu'il exerce mais pour le premier à l'emploi qu'il occupait avant d'en être déchargé, cette décision paraît donner une assise au moyen d'erreur de droit invoqué par le ministre, qui soutient que la cour ne pouvait reconnaître à Monsieur D... le droit à la attachée à l'emploi qu'il avait pris alors qu'il bénéficiait déjà d'une décharge de service totale et que son emploi antérieur n'ouvrait pas droit à

Mais en réalité, vous devriez accorder à l'emploi de l'imparfait par cette décision, dans le cas du fonctionnaire déchargé de service à 100 %, moins une valeur chronologique qu'une valeur logique. La rédaction de la décision est inspirée par l'idée que le fonctionnaire totalement déchargé de service n'exerce pas effectivement ses fonctions et n'occupe donc pas réellement un emploi ; il est seulement réputé l'occuper, et elle cherche à neutraliser pour le fonctionnaire les effets du choix d'exercer un mandat syndical au lieu d'exercer ses fonctions. Cette neutralisation vous a paru devoir passer par la solution du maintien de la situation du fonctionnaire. Mais si le rapporteur public, Damien Botteghi, a à cette fin illustré ses conclusions, que vous avez suivies, de la notion de cristallisation, il a souligné que devait être réservée la question de la façon de traiter les situations dans lesquelles est en litige une prime instituée après la décharge totale de service ou dans lesquelles, en raison d'une réforme ou d'une revalorisation importante, un décrochage s'installe entre les fonctionnaires en décharge totale et ceux qui sont en activité. C'est donc bien que cette jurisprudence, qui cherche seulement, comme le soulignent encore les conclusions du rapporteur public (« Cet arbitrage aboutit à une règle de cristallisation qui n'est que l'expression d'une exigence de neutralité : il ne faut pas dissuader ou encourager l'activité syndicale »), à éviter que l'agent soit défavorisé ou avantagé par le choix d'exercer un mandat syndical, n'a pas pour objet de geler définitivement les droits du fonctionnaire à la date à laquelle il commence à bénéficier d'une décharge totale de service. On peut concevoir que cette neutralisation de l'engagement

syndical implique le maintien d'une évolution naturelle de carrière. Et vous avez tranché ensuite en ce sens une partie des questions réservées par Damien Botteghi en jugeant qu' « il y a lieu de tenir compte, pour l'application de ces principes », (ceux dégagés par la décision de section *B...* du 27 juillet 2012), « de l'institution ou de la suppression de primes survenues postérieurement à la date à compter de laquelle l'agent a bénéficié de la décharge ; qu'en particulier, le fonctionnaire bénéficiant d'une décharge totale de service a droit à l'attribution d'une somme correspondant à une prime instituée postérieurement à la date de cette décharge, dès lors qu'il aurait normalement pu prétendre à son bénéfice s'il avait continué à exercer effectivement son emploi, et sous réserve que les conditions rappelées ci-dessus soient réunies ».

Il semble que de même, si un fonctionnaire bénéficiant d'une décharge totale de service passe d'un emploi à un autre sans perdre le bénéfice de cette décharge de service, son régime de rémunération doit changer et que ce soit en principe les règles applicables à l'emploi qu'il est réputé occuper qui s'appliquent.

La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit, contrairement à ce que soutient le ministre, en tenant compte des primes et indemnités attachés à l'emploi sur lequel Monsieur D... était affecté alors même qu'il n'a été nommé sur cet emploi qu'après avoir commencé à bénéficier d'une décharge totale de services.

A-t-elle cependant eu tort de lui reconnaître le droit au bénéfice de la , alors, selon les autres moyens d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique invoqués par le ministre, qu'elle aurait dû traiter la comme une indemnité destinée à compenser des charges et contraintes attachées à l'exercice effectif des fonctions et par conséquent l'exclure des primes et indemnités auxquelles il continuait d'avoir droit ?

L'article 27 de la loi n°91-73 du 18 janvier 1991 *portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales* prévoit que « la nouvelle bonification indiciaire (...) est attribuée pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technicité particulières (...) », mais l'article 2 du décret n°95-1131 du 17 octobre 1995 *instituant la nouvelle bonification indiciaire dans les services du ministère de l'intérieur pour les fonctionnaires du ministère de l'intérieur appartenant aux corps des fonctionnaires actifs des services* prévoit que « Le bénéfice du versement de la nouvelle bonification indiciaire est lié à l'exercice des fonctions y ouvrant droit. Il ne peut se cumuler avec d'autres bonifications indiciaires ».

Or, vous aviez jugé par une décision *Mme M... et autres* du 27 juillet 2005, n°255395, T. 693, 710, 714, 727, 933, 936, pour l'application à la fonction publique territoriale des mêmes dispositions législatives et de dispositions réglementaires rédigées dans des termes similaires (art. 3 du décret n° 93-863 du 18 juin 1993 *relatif aux conditions de mise en œuvre de la nouvelle bonification indiciaire dans la fonction publique territoriale*), que les titulaires d'une décharge totale d'activité pour exercice d'un mandat syndical ne remplissent pas la condition d'exercice effectif des fonctions qui ouvre droit au bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire et ne peuvent, le cas échéant, prétendre à son maintien. Mais le fichage de votre décision *B...* du 27 juillet 2012 indique que celle-ci abandonne cette jurisprudence. Et, effectivement, cette décision reconnaît à un agent du ministère des affaires étrangères bénéficiant d'une décharge totale d'activité le bénéfice d'une prime de fonctions attachée à l'exercice de certaines fonctions en matière d'informatique, alors même que cette prime est allouée compte tenu de la valeur professionnelle et de l'activité de chacun des agents

susceptibles d'en bénéficier, parce qu'il ne s'agit pas d'une indemnité représentative de frais ou destinée à couvrir des charges et contraintes particulières. *A fortiori*, la N.B.I, attribuée en raison de la responsabilité particulière ou de la technicité particulière d'un emploi, doit continuer à bénéficier à l'agent totalement déchargé de service.

Dans son dernier état, votre jurisprudence tire ainsi des conséquences particulièrement poussées de la fiction selon laquelle un agent déchargé de services pour l'exercice d'un mandat syndical continue à exercer son activité. Elle ne renonce à cette fiction que pour l'appréciation des droits aux indemnités compensant des charges et contraintes particulières d'ordre purement matériel (frais exposés, horaires ou durée du travail, lieu d'exercice des fonctions). Elle en fait au contraire bénéficier pleinement le mandataire syndical pour tout ce qui concerne le statut de son emploi et le niveau de responsabilité, de technicité et même d'engagement requis par l'exercice des fonctions de cet emploi.

Cette jurisprudence ne peut que conduire, par les motifs qui précèdent, au rejet du pourvoi du ministre.