

N° 396178

M. C...

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 4 janvier 2017

Lecture du 27 janvier 2017

## CONCLUSIONS

### M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Le ministère de la défense regretterait-il d'avoir, par un arrêté du 8 février 2007, garanti à ses ouvriers d'Etat, agents non titulaires de droit public, le maintien de leur rémunération en cas de restructuration, y compris un nombre d'heures supplémentaires « déterminé par la moyenne des heures supplémentaires effectuées par l'ouvrier pendant l'année qui précède sa mutation » (article 3) ? Le nombre de litiges auquel l'application de ce texte donne lieu, dont vous avez déjà eu à connaître (voyez, récemment, votre décision *M. J... et Ministre de la défense*, du 1<sup>er</sup> avril 2015, n° 375911) et que vous aurez encore à connaître, l'affaire qui vient d'être appelée n'étant que la tête d'une série, conduit à le penser. Et on peut le comprendre au vu du régime pour le moins étonnant des heures supplémentaires des ouvriers d'Etat, dont la présente affaire offre un aperçu.

Ainsi, M. C..., ouvrier d'Etat recruté en 1980 par le ministère de la défense en qualité de conducteur de véhicules, a bénéficié des dispositions de cet arrêté lors de sa mutation au service parisien de soutien de l'administration centrale, situé à Arcueil, en tant qu'adjoint chef de section stage, mutation consécutive à la restructuration du centre automobile de la défense du site de Maisons-Laffitte auquel il était affecté. La convention mobilité qu'il a signée à cette occasion le 6 juillet 2010 prévoit, en application de l'arrêté précité, le maintien de la rémunération qu'il avait perçue l'année précédent sa mutation, y compris une moyenne d'heures supplémentaires de 65,16 heures mensuelles, ce qui, si l'on y ajoute la durée hebdomadaire de 38 heures, fait un total de plus de 12 heures de travail par jour, pour une rémunération mensuelle globale de 5 130 euros bruts. Ces heures supplémentaires sont non seulement mentionnées dans le contrat de mobilité comme des heures effectuées régulièrement mais aussi sur ses bulletins de paie des six mois précédant la mutation. Estimant que le nombre d'heures supplémentaires retenu pour le calcul de sa rémunération excédait la durée maximale du travail des ouvriers d'Etat du ministère de la défense, fixée, par l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté interministériel du 28 novembre 2008, à 48 heures hebdomadaires ou 44 heures en moyenne sur une période de 12 semaines consécutives, le ministre a diminué en proportion la part de sa rémunération correspondant à l'indemnité compensatrice des heures supplémentaires, soit de l'ordre de 1 000 à 1 200 euros par mois.

Comme dans la précédente affaire que nous avons citée, le ministre tente de remettre en cause le montant de la rémunération tel qu'il est calculé en application de l'arrêté du 8 février 2007. Il le fait désormais en soutenant non plus que l'arrêté interministériel du 28 novembre 2008 aurait implicitement abrogé celui de 2007, mais que seules les heures

supplémentaires régulièrement effectuées pourraient être prises en compte pour le calcul de la rémunération maintenue.

Cette argumentation a convaincu le TA de Melun et la CAA de Paris qui ont successivement rejeté la demande de M. C... tendant à l'annulation de la décision du ministre refusant de lui verser une rémunération correspondant à ce qui était prévu par son contrat de mobilité.

Vous devrez commencer par annuler l'arrêt de la cour qui n'était pas compétente pour connaître du recours formé contre le jugement, rendu en premier et dernier ressort. En effet, le litige, qui est relatif à la situation individuelle d'un agent public, ne relève d'aucune des exceptions à la compétence des tribunaux administratifs en premier et dernier ressort qui résulte de la combinaison des articles R. 811-1 et R. 222-13 du CJA, dans leur rédaction applicable à la date du jugement : il ne concerne ni l'entrée ou la sortie de service, ni la discipline, ni ne tend au versement de sommes d'un montant supérieur à 10 000 euros.

Vous devrez ensuite statuer en tant que juge de cassation sur les conclusions présentées par M. C... à l'encontre du jugement. L'un des moyens qu'il soulève à leur soutien, tiré de l'erreur de droit commise par le tribunal dans l'application de votre jurisprudence *Ternon* (Assemblée, 26 octobre 2001, n°197018 p147) nous paraît fondé.

Pour juger que M. C... ne pouvait se prévaloir d'un droit acquis au maintien de la rémunération que lui garantissait illégalement la convention de mobilité qu'il avait signée avec son employeur, le tribunal s'est fondé sur le principe selon lequel « le caractère créateur de droits de l'attribution d'un avantage financier ne fait pas obstacle à ce que cette décision soit abrogée si l'intéressé ne remplit plus les conditions auxquelles cet avantage est subordonné ou si l'administration modifie l'appréciation qui avait justifié son attribution ».

Cette formulation résulte de votre décision *M...*, du 27 juillet 2005 (n° 270487, aux T, relative à une prime), qui rappelle que si, en application de vos décisions *Ternon* (Ass, 26 octobre 2001, n° 197018) et *S...* (Sect, 6 novembre 2002, n° 223041, p. 369, à propos d'une prime), une décision administrative accordant un avantage financier est créatrice de droits alors même que l'administration était tenue de refuser cet avantage, de sorte que l'autorité administrative ne peut la retirer au-delà du délai de 4 mois, elle peut toujours supprimer cet avantage pour l'avenir si la condition pour l'obtenir n'est plus remplie (décision *S...*, 6 novembre 2002 n°223041) mais également si elle se rend compte qu'elle ne l'a jamais été (décision *M...* du 27 juillet 2005 (n° 270487, précitée) ; 14 mars 2008, *Portalis*, p. 99, à propos de l'octroi d'une protection fonctionnelle).

Mais cette possibilité d'abrogation ne concerne que les avantages dont non seulement l'attribution initiale mais aussi le maintien sont subordonnés à des conditions qui doivent donc être réalisées de manière continue : le versement chaque mois d'une prime ou indemnité, sauf si elle constitue une simple erreur de liquidation, révèle la décision créatrice de droits de l'accorder pour le mois concerné (3 mai 2004, *F...*, n° 262074, au rec ; 25 juin 2012, *Office national de la chasse et de la faune sauvage*, n° 334544, aux T). Lorsqu'en revanche le droit est acquis par une décision unique mais qu'il produit ses effets dans le temps, il ne peut, sauf s'il a été obtenu par fraude, ni être retiré, ni être abrogé, à moins dans ce dernier cas que l'une des conditions légales de son maintien vienne à faire défaut. Ainsi, l'administration ne peut retirer la protection fonctionnelle qu'elle a accordée mais elle peut y mettre fin pour l'avenir

si elle constate que les conditions ne sont plus remplies (décision *Portalis* précitée). De même, s'il incombe au conseil départemental d'un ordre médical de tenir à jour le tableau et de radier de celui-ci les praticiens qui, par suite de l'intervention de circonstances postérieures à leur inscription, ont cessé de remplir les conditions requises pour y figurer, il ne peut, en l'absence de fraude, sans méconnaître les droits acquis qui résultent de l'inscription, décider plus de quatre mois après celle-ci de radier un praticien au motif que les diplômes au vu desquels il a été inscrit n'auraient pas été de nature à permettre légalement son inscription (Section, 6 mars 2009, *C...*, n° 306084, au rec). La différence entre ce droit, qui ne peut être abrogé qu'en raison de circonstances nouvelles faisant obstacle à son maintien, et le versement d'un avantage financier qui peut être supprimé à tout moment pour l'avenir y compris pour un motif tenant à ce qu'il n'était jamais dû, tient à la portée du droit en cause : le droit aux avantages financiers reconnu par les décisions que nous avons citées naît de la décision de le verser, souvent révélée par leur versement. Il n'est jamais accordé pour une durée déterminée et encore moins indéterminée. L'octroi du droit se renouvelle à chaque versement, de sorte que le motif qui justifie de ne plus le verser n'est pas tant celui qui aurait dû conduire à ne pas commencer à le verser que celui, même s'il est identique, qui fait toujours obstacle à ce qu'il soit octroyé de nouveau. En revanche, l'inscription sur un tableau crée un droit qui ne peut être remis en cause que dans certains cas déterminés, dont la survenance justifie seule l'abrogation.

Le droit au maintien de la rémunération calculée lors de la mutation de l'ouvrier d'Etat et fixée dans la convention de mobilité qu'il conclut à cette occasion avec son employeur, bien qu'elle confère un avantage financier, entre dans ce second cas de figure. L'article 3 de l'arrêté du 8 février 2007 a précisément pour objet de conférer aux ouvriers d'Etat mutés dans le cadre d'une restructuration le maintien d'une rémunération calculée au moment de cette mutation et fixée par la convention de mobilité. Qu'elle soit de nature contractuelle ou non, la convention de mobilité crée un droit au profit de l'agent à bénéficier de la rémunération qu'elle indique. Le versement subséquent de la rémunération n'est qu'une mesure d'exécution d'un droit accordé définitivement lors de la mutation, contrairement au versement d'une prime salariale qui révèle la décision de l'accorder. Ce droit ne peut donc être remis en cause, au-delà du délai de 4 mois et hormis le cas où il aurait été obtenu par fraude, qu'en raison d'une modification dans la situation du bénéficiaire affectant son droit à rémunération : changement de statut ou de régime de travail ; maladie ; retraite ; etc. Ce cas de figure nous semble comparable à l'établissement des droits à pension d'un agent, qui procède, comme pour la détermination du droit au maintien de la rémunération, de la prise en compte d'une situation administrative appréhendée au moment du départ à la retraite. Vous jugez avec constance que les décisions, même illégales, constituant cette situation administrative, dès lors qu'elles n'ont été ni rapportées ni annulées, ont créé des droits et ne peuvent être remises en cause pour le calcul de la pension (9 février 1973, *Ministre c/ Dame T...*, n° 86215, au rec ; 17 juin 2005, *Epoux D...*, n° 215761, aux T ; 17 décembre 2008, *J...* n° 295013), sauf à ce qu'elles soient inexistantes (5 juil 1978, *Min c/ R...*, n° 05259, aux T) ou qu'elles aient été obtenues par fraude. Vous avez plus récemment appliqué ces principes pour juger que la circonstance que des heures supplémentaires avaient été effectuées irrégulièrement ne faisaient pas obstacle à ce qu'elles soient prises en compte pour le calcul du coefficient de majoration de la pension de l'agent dès lors qu'il n'était pas établi que la décision de faire effectuer à l'agent des heures supplémentaires aurait été rapportée (16 juillet 2004, *M. R...*, n° 347077).

Le cas d'espèce est beaucoup plus proche de cette décision R...(du 16 juillet 2004 n°347077) que de la décision M... du 27 juillet 2005 (n° 270487) et l'erreur de droit commise par le tribunal est d'avoir appliqué les règles issues de la seconde au lieu de celles issues de la première. A supposer que seules les heures supplémentaires régulièrement effectuées fussent prises en compte pour le calcul de la rémunération maintenue, comme le soutient le ministre, cette illégalité de la décision déterminant le droit de l'agent au maintien de sa rémunération ne pouvait conduire qu'à retirer cette décision dans le délai de 4 mois de son édicition mais non, comme l'a jugé le tribunal administratif, à l'abroger à tout moment au-delà de ce délai.

Ajoutons pour être complet, bien que vous n'aurez pas besoin de statuer sur cet autre moyen si vous partagez notre avis sur le précédent, que nous avons les plus grands doutes sur l'illégalité, défendue par le ministre, de la prise en compte pour la détermination de la rémunération maintenue de toutes les heures supplémentaires effectuées, y compris celles qui l'ont été au-delà de la durée réglementaire. L'article 3 de l'arrêté de 2007 dispose que « *le nombre d'heures maintenu est déterminé par la moyenne annuelle des heures supplémentaires effectuées par l'ouvrier pendant l'année qui précède sa mutation* », sans préciser qu'elles doivent l'avoir été régulièrement. La seule condition posée par ce texte est que les heures supplémentaires aient été réellement effectuées, ce qui n'est pas contesté.

**EPCMNC** : - Annulation de l'arrêt de la CAA de Paris et du jugement du TA de Melun ;

- Renvoi de l'affaire au TA de Melun ;
- A ce que mettiez à la charge de l'Etat le versement à M. C... d'une somme de 3 000 euros au titre des frais qu'il a exposés.