

N° 400996
M. et Mme B...

10ème et 9ème chambres réunies
Séance du 13 janvier 2017
Lecture du 30 janvier 2017

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

C'est un grand bond de plus d'un demi-siècle en arrière que les requérants vous invitent à faire en vous posant la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du II l'article 66 de la loi de finances pour 1964 n° 63-1241 du 19 décembre 1963, sous un prisme qui vous imposera de reconstituer l'intention à cette date du législateur, pour déterminer si son intervention est susceptible d'avoir porté atteinte à des situations légalement acquises entre 1962 et 1963. Cette chronologie vous indique qu'en plus d'être long, le voyage dans le temps ne sera pas linéaire, puisqu'il sera surtout question de rétroactivité.

Le litige lui-même a des origines anciennes, antérieures à la loi sur laquelle vous devez vous pencher.

L'histoire commence le 5 mars 1963, lorsque M. B..., alors directeur adjoint de la caisse de mutualité agricole de la ville de Bône (désormais Annaba) en Algérie, a quitté l'Algérie pour la France. A cette date, l'ordonnance n° 62-401 du 11 avril 1962 relative aux conditions d'intégration dans les services publics métropolitains des fonctionnaires et agents des services publics algériens et sahariens avait, comme son nom l'indique, organisé l'intégration dans des positions correspondantes en métropole des agents publics qui étaient avant l'indépendance employés dans les services publics algériens. Se prévalant de ses dispositions, M. B... a demandé son intégration dans la fonction publique métropolitaine. Mais sa demande fut rejetée par une décision du ministre du 11 mai 1963, au motif que les textes réservaient le droit à intégration aux agents initialement employés à temps complet, ce qui n'était vraiment pas le cas de M. B..., qui trouvait le temps d'avoir en plus de cet emploi à temps partiel un autre emploi à temps complet.

Pour être précis, à l'époque du premier refus ministériel, c'était le décret n° 62-941 du 9 août 1962 d'application de l'ordonnance qui précisait expressément que le droit à intégration, que l'ordonnance ouvrait aux « agents permanents » français, ne s'entendait que des agents employés à temps complet. Toutefois, une décision du Conseil d'Etat statuant en Assemblée du contentieux du 7 décembre 1962 (CE Ass., 7 décembre 1962, *Dame C...*, n° 52089, p. 662, avec les conclusions du président Nicolaÿ) est venue, à propos des dispositions similaires de l'article 2 de la loi n° 56-782 du 4 août 1956 prévoyant le reclassement des agents publics de Tunisie et du Maroc, juger que l'expression « agents permanents » devait être entendue comme visant tous les agents occupant un emploi permanent, y compris à temps partiel, et annuler pour ce motif le décret réservant l'intégration

aux agents à temps complet, regardé comme ayant restreint le champ d'application de la loi. Sans doute par précaution du fait de l'intervention de cette décision juridictionnelle, le législateur, qui est intervenu via l'article 66 de la loi de finances pour 1964 pour, en son I, disposer que le droit à intégration ouvert aux fonctionnaires de Tunisie et du Maroc valait uniquement pour les agents à temps complet, en a profité pour préciser, au II du même article, qu'il en allait de même pour les fonctionnaires d'Algérie. Le tout en précisant au III que ces dispositions avaient un caractère interprétatif, sauf pour les fonctionnaires dont le sort avait été réglé par une décision devenue définitive d'une juridiction administrative.

Dans les années 1980, M. B... a eu l'idée de former un recours indemnitaire pour obtenir réparation du préjudice qu'il estimait avoir subi en n'étant jamais intégré. Le Conseil d'Etat a mis fin à ce contentieux en appel par une décision CE, 8 juin 1990, B..., n° 82365, inédite, par laquelle vous avez jugé que le ministre n'avait fait qu'appliquer les textes pour le débouter de son recours. Après une longue période d'inertie contentieuse, les époux B... sont revenus à la charge le 26 novembre 2013, date à laquelle ils ont saisi le ministre de l'agriculture d'une nouvelle demande d'indemnisation de leurs préjudices allégués. Cette fois, ce n'était plus la responsabilité de l'administration à raison de la décision du ministre qu'ils mettaient en cause, mais celle du législateur. En l'absence de réponse, ils ont saisi le tribunal administratif de Toulouse et formé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à l'appui de leur recours. Le TA ayant rejeté la requête pour irrecevabilité, les intéressés ont fait appel et réitéré leur QPC. Par une ordonnance du 2 septembre 2014, le président de la 2^{ème} chambre de la cour administrative d'appel (CAA) de Bordeaux a refusé de vous transmettre cette QPC puis, par un arrêt du 26 avril 2016, la CAA de Bordeaux a rejeté, au fond cette fois, la demande indemnitaire. C'est à l'occasion de leur pourvoi contre cet arrêt au fond que les intéressés vous saisissent à nouveau d'une QPC. La circonstance que le pourvoi ne soit pas encore admis ne vous interdit pas, sans préjuger de son sort, de vous prononcer dès aujourd'hui sur le bien-fondé de la nouvelle QPC introduite devant vous (CE, 2 mars 2011, *Société Soutiran et Compagnie*, n° 342099, T. p.).

Nous pensons pour commencer que cette QPC, introduite après le délai de recours, est partiellement irrecevable. Cette question porte en effet, comme celle qui avait été posée devant la cour, sur la constitutionnalité du II de l'article 66 de la loi de finances pour 1964. Et pour partie, elle vise à confronter cette disposition législative au principe de solidarité nationale qui était déjà invoqué dans la QPC soumise aux juges du fond – pour le surplus, elle vous invite à confronter la disposition législative à de nouveaux principes qui n'étaient pas invoqués devant la CAA.

Or vous jugez qu'il résulte des dispositions des articles 23-1 et suivants de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 et de celles du premier alinéa de l'article R. 771-16 du code de justice administrative (CJA) que, lorsqu'une CAA a refusé de transmettre au Conseil d'Etat la QPC qui lui a été soumise, il appartient à l'auteur de cette question de contester ce refus, à l'occasion du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt qui statue sur le litige, dans le délai de recours contentieux et par un mémoire distinct et motivé, que le refus de transmission précédemment opposé l'ait été par une décision distincte de l'arrêt, dont il joint alors une copie, ou directement par cet arrêt. Vous avez précisé qu'en revanche, le requérant ne peut pas se fonder sur ces dispositions pour soumettre au Conseil d'Etat une QPC, fondée sur les mêmes moyens, identique à celle que la cour administrative d'appel a refusé de transmettre, en dehors du délai de recours (CE, 1^{er} février 2011, *SARL Prototype Technique Industrie (Prototech)*, n° 342536, p. 24). Vous avez régulièrement réitéré cette solution, en précisant que toutefois, le requérant pouvait dans une telle

configuration valablement former devant le Conseil d'Etat, alors même que le délai de recours est expiré, une QPC portant sur les mêmes dispositions que sa QPC précédente, mais comportant des moyens nouveaux – précisant que dans ce cas, le Conseil d'Etat examine seulement le bien fondé de ces moyens nouveaux (CE, 1^{er} février 2012, *Région Centre*, n° 351795, T. p. 957), tout en développant une conception souple du moyen nouveau, qui peut présenter ce caractère alors même que les normes constitutionnelles invoquées sont les mêmes, pourvu qu'elles ne le soient pas sous le même angle, c'est-à-dire au regard du même principe lorsqu'elles en abritent plusieurs (CE, 9 juillet 2012, *Société par actions simplifiée Sepur*, n° 356749, T. p.).

Ces jurisprudences vous interdisent donc de connaître de la nouvelle QPC introduite devant vous après expiration du délai de contestation du refus de transmission par les époux B... en tant qu'elle est identique à celle présentée devant la CAA, sans être même éligible à la marge de souplesse de votre jurisprudence *Sepur*.

En revanche, il découle de ces mêmes jurisprudences que vous devrez vous pencher sur la QPC en tant qu'elle confronte la disposition législative litigieuse à d'autres normes et principes constitutionnels. Vous avez certes, par une récente décision *M. et Mme D...* (CE, 28 décembre 2016, n° 401464, T. p.), atténué la souplesse de la jurisprudence *Région Centre* en estimant que, dans le cas où la CAA avait refusé de vous transmettre la QPC au motif que les dispositions législatives étaient inapplicables au litige, alors il était impossible de poser une nouvelle QPC en cassation sans passer par la procédure de contestation de l'arrêt de la cour même avec des moyens nouveaux, car le faire reviendrait à critiquer hors délai le raisonnement d'inapplicabilité. Toutefois dans notre espèce, c'est bien « au fond » que la CAA a refusé de transmettre la QPC.

Pour notre part, nous avons hésité à vous proposer de juger la disposition législative critiquée inapplicable au litige.

Nous l'avons dit, la loi de finances pour 1964 entendait, c'est le sens de la mention introduite par le législateur selon laquelle elle revêtait un caractère interprétatif, s'incorporer rétroactivement à l'ordonnance de 1962. C'est cette rétroactivité que contestent les requérants en soutenant qu'elle est contraire à la garantie des droits. Et il est certain que cette rétroactivité, si on la prend à la lettre, a rendu les dispositions législatives relatives à l'exclusion des agents à temps partiel du dispositif d'intégration applicables à des situations cristallisées avant son entrée en vigueur. Ainsi, des agents membres de la fonction publique algérienne le 31 décembre 1963, date d'entrée en vigueur de la loi, ont pu, postérieurement à cette date, se voir refuser l'intégration sur le fondement rétroactif de ces dispositions législatives. C'est le sens de la mention, faite dans la décision de 1990, selon laquelle l'ordonnance du 11 avril 1962 a été « rétroactivement modifiée » par celle de 1963. Pour autant, le refus d'intégration opposé à M. B..., dans lequel son préjudice allégué trouve son origine, est pour sa part antérieur à l'entrée en vigueur et même à l'édiction des dispositions rétroactives de la loi. Et nous avons été tentée de partir du principe que, dès lors qu'il est intervenu dans un état du droit où la loi de finances pour 1964 n'existait pas, la fiction juridique de la rétroactivité n'allait pas jusqu'à rendre cette loi applicable au litige, relatif à une situation juridique entièrement cristallisé au moment de son édicton.

Il reste que même à adopter cette approche, la question de la portée de la loi de finances pour 1964 – en particulier la question de savoir si elle a véritablement modifié l'état du droit résultant de l'ordonnance de 1962 et de son décret d'application – est une pièce

fondamentale du puzzle juridique que constitue le litige. De sorte qu'il nous semble qu'à supposer même qu'un raisonnement semblable à celui que nous esquissons soit tenable, alors la disposition législative n'en serait pas moins applicable au litige au sens tout de même assez souple où vous l'entendez pour les besoins de la QPC.

C'est donc pour des raisons de fond que nous vous proposerons de ne pas renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel.

Le « moyen » – au sens QPC du terme – central du litige est celui tiré de ce que la loi, en portant rétroactivement atteinte à des situations juridiques légalement constituées, aurait méconnu la garantie des droits protégée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen sous l'angle de la confiance légitime, dans la mesure où le Conseil constitutionnel accepte de protéger ce principe sans le nommer.

Depuis sa décision n° 2013-682 du 19 décembre 2013 et n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, le Conseil constitutionnel a fait évoluer sa jurisprudence relative aux rapports de la loi au temps et encadré plus fermement la faculté qui est la sienne de chambouler les situations et les attentes des citoyens. S'agissant des interventions rétroactives, le nouveau considérant de principe issu de la décision du 14 février 2014, dont le commentaire autorisé sur la décision n° 2015-525 QPC du 2 mars 2016 souligne « qu'il n'est pas limité aux lois de validation », juge désormais que : « si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition que cette modification ou cette validation respecte tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions et que l'atteinte aux droits des personnes résultant de cette modification ou de cette validation soit justifiée par un motif impérieux d'intérêt général ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le motif impérieux d'intérêt général soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie ». Par ailleurs, si le Conseil constitutionnel a réaffirmé son refus de consacrer un principe de confiance légitime (sur le refus de principe, v. décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, Loi de finances pour 1997, cons. 18), il en incorpore désormais, depuis sa décision du 19 décembre 2013, une composante dans son contrôle du respect de la garantie des droits, en affirmant que le législateur ne saurait, « sans motif d'intérêt général suffisant, (...) remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus » d'une situation acquise.

C'est sous cet angle particulier des « effets qui peuvent légitimement attendus » d'une situation légale que vous devez apprécier si la question présente un caractère sérieux.

Si ce qui était en cause était la loi du 4 août 1956 relative à la Tunisie et au Maroc, nous n'aurions pas de doute pour estimer le moyen sérieux, et même fondé, sans qu'il y ait d'ailleurs à passer par le versant subjectif de la garantie des droits. La loi ayant été rétroactivement interprétée par le juge comme conférant un droit à réintégration à tous les agents permanents même à temps partiel, et le décret excluant les agents permanents à temps partiel ayant été rétroactivement annulé, le I de l'article 66 de la loi de 1963, en venant à son tour défaire la décision du juge pour rétablir rétroactivement la portée initiale de la loi a assurément modifié l'état du droit de façon rétroactive. Ce faisant, il n'a certes pas porté atteinte aux décisions de justice ayant force de chose jugée, puisque le législateur a pris soin au III de préciser qu'elle ne trouvait pas à s'appliquer aux agents dont la situation a été réglée par une décision de justice devenue définitive. Pour autant, il porte atteinte aux droits des

autres agents sans qu'il soit évident de le justifier par un motif impérieux d'intérêt général. A ce propos, les travaux préparatoires de la loi de finances pour 1963 n'évoquent en effet que des motifs tirés de la volonté d'éviter des demandes abusives qui ne sont guère convaincants. Sans doute faut-il y déceler une préoccupation d'ordre budgétaire. Mais le Conseil constitutionnel a fréquemment jugé qu'un motif purement financier ne peut à lui seul suffire à justifier une atteinte rétroactive aux situations acquises (v. not. décisions n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, n° 2012-287 QPC du 15 janvier 2013, n° 99-425 DC du 29 décembre 1999).

La situation est toutefois un peu différente s'agissant de l'ordonnance du 11 avril 1962 relative à l'Algérie, qui n'a pas été rétroactivement interprétée par le juge et n'a pas vu son décret d'application rétroactivement annulé. Pour ce qui la concerne, force est bien de dire que le caractère « interprétatif » qu'a entendu lui conférer le législateur de 1963 est à prendre un peu plus au sérieux. Tout porte en effet à croire, dans l'architecture des textes et les travaux préparatoires, que comme le législateur de 1956 sans doute, les auteurs de l'ordonnance de 1962 ont de bonne foi cru, en visant les agents permanents, viser en réalité les agents occupant en permanence un emploi, à savoir les agents employés à temps complet. Il s'agissait sans nul doute d'une imprécision terminologique, les deux expressions n'étant par équivalentes dans la pureté terminologique du droit de la fonction publique, comme le démontre le président Nicolaÿ dans ses conclusions précitées à propos de la loi de 1956, et comme vous avez d'ailleurs été amené à le redire, dans l'état du droit résultant de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 telle que modifiée par la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, à propos de la « CDIisation » des agents contractuels de la fonction publique territoriale (v. CE, 14 octobre 2015, *Mme F...*, n° 374745, T. p., qui juge que le droit reconnu aux agents dont le contrat correspond à un besoin permanent n'est pas subordonné à la condition que ce contrat soit conclu pour un service à temps complet). Il reste que cette imprécision était levée par le décret d'application de la loi, qui précisait bien que le régime ne s'appliquait qu'aux agents permanents à temps complet. De sorte que, la séquence contentieuse intervenue pour le régime applicable en Tunisie et au Maroc n'ayant pas eu lieu s'agissant de l'Algérie, l'état du droit positif en vigueur était bien, lors de l'intervention de la loi de 1963, que seuls les agents employés à titre permanent temps complet avait droit à être intégrés. Dans ces conditions, il ne nous semble pas inatteignable de dire que si la disposition litigieuse a rétroactivement modifié la lettre de l'ordonnance en y hissant la précision expresse de la portée de l'expression « agents permanents », elle n'a pas pour autant rétroactivement modifié la situation juridique des agents concernés, telle qu'elle résultait depuis l'origine des dispositions de l'ordonnance telle que précisée par son décret d'application.

Nous reconnaissons certes volontiers que des lecteurs assidus de votre jurisprudence de l'époque auraient pu, à compter de l'intervention de votre décision d'Assemblée précitée du 7 décembre 1962, se mettre à nourrir de sérieux doutes quant à la légalité, aux yeux du Conseil d'Etat, du décret du 9 août 1962 dont homologue avait été annulé pour des motifs largement transposables. C'est ce que ciblent les requérants sous l'angle de la confiance légitime. On note qu'à supposer que de tels lecteurs assidus aient existé – ce que nous ne pouvons pas exclure – ils n'ont pas cru à leur chance au point de demander l'annulation de ce décret. Faut-il pour autant admettre que la décision du 7 décembre 1962, relative au décret de 1956, a rendu à ce point probable l'illégalité du décret de 1962 qu'il faudrait voir dans son inapplicabilité un « effet pouvant légitimement être attendu » de la situation juridique que nous avons décrite, attente légitime que la loi de 1963 aurait ensuite rétroactivement anéanti ? Nous ne sommes, pour notre part, pas encline à aller jusque là et pensons que l'effet qui peut légitimement être attendu de l'existence d'un décret qui n'a pas été annulé est en principe que

l'administration l'applique, en tous cas pour ce qui est de la protection constitutionnelle de ce versant subjectif de la garantie des droits. On est tout de même loin du bouleversement du régime d'imposition des contrats d'assurance-vie que le Conseil constitutionnel a censuré au vu de ses avancées somme toute timides sur ce point. C'est pourquoi nous vous proposons, tout en reconnaissant que le moyen se situe dans la fourchette haute de sérieux des questions non sérieuses, de ne pas renvoyer la question sur ce point.

Les autres moyens ne sont pas sérieux.

Les requérants soutiennent, d'une part, que la disposition litigieuse méconnaît le droit de propriété. Ils invoquent en particulier la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle ce droit englobe le droit des créanciers de recouvrer leurs créances sur le patrimoine de leurs débiteurs (décision n° 2010-607 DC), de même que, par analogie, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle la pension attendue d'un cotisant entre dans le champs des créances couvertes par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention. Ils en déduisent que l'ordonnance de 1962 a créé un droit à l'intégration englobant un droit à traitement et pensions de retraite, et que la loi de 1963 a porté une atteinte disproportionnée à ce droit. Mais à supposer même que l'on franchisse les étapes de la reconnaissance d'un droit à intégration et d'une atteinte portée à ce droit, c'est en tout état de cause le service fait, et non l'intégration, qui donne droit au traitement, de même que la question d'une éventuelle créance en termes de pension de retraite liée aux cotisations est inopérante s'agissant de personnes privées en amont de la possibilité de cotiser. La question ne présente donc pas, sur ce terrain, de caractère sérieux.

Enfin les requérants tentent de vous convaincre de renvoyer la question sur le terrain de sa nouveauté, en vous invitant plus précisément, dans le sillage de vos jurisprudences *G...* (CE, 17 décembre 2010, n° 343752, T. p.) et *H...* (CE, 21 septembre 2011, n° 350385-350386-350387, T. pp. 1119-1131 ; v. aussi CE, 30 mai 2012, *GFA Fielouse-Cardet*, n° 355287, T. p. et CE, 23 juillet 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*, n°s 356381 356386, T. p.), à inviter le Conseil constitutionnel à consacrer un nouveau principe constitutionnel de droit des cotisants à percevoir une pension de retraite, en le faisant découler des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution (« La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. » et « La Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité à travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »). Mais de même que vous exigez, pour procéder à des renvois sur ce terrain, que la consécration du nouveau principe par le Conseil constitutionnel présente un certain degré de plausibilité, il nous semble que vous devez également requérir, même si la nouveauté ne saurait se résoudre au sérieux de la question, que le principe à consacrer ne soit pas dépourvu de tout rapport avec la disposition législative contestée. Or encore une fois, la disposition en cause n'a ni pour objet ni pour effet direct, en interdisant l'intégration de certains agents, de les priver de pension de retraite. Nous sommes donc défavorable à un renvoi sur ce terrain.

PCMNC – Non renvoi de la question au Conseil constitutionnel.