

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 10 janvier 2018
Lecture du 26 janvier 2018 - B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Les ministres de la défense et des outre-mer ont adopté le 25 novembre 2015 une instruction relative aux modalités de gestion, d'administration et de formation du personnel civil du service militaire adapté.

Le service militaire adapté, dont vous avez déjà eu à connaître, est un dispositif militaire d'insertion socioprofessionnelle destiné aux jeunes volontaires éloignés de l'emploi en outre-mer, créé par un arrêté interministériel du 30 septembre 1991. L'article 2 de cet arrêté précise qu'il « *est effectué au sein de formations militaires particulières dites formations du service militaire adapté qui s'insèrent dans l'ensemble des forces interarmées* » basées dans les différents territoires, au sens général, d'outre-mer. Son commandement est, aux termes de l'article D. 3222-19 du code de la défense, placé pour emploi auprès du ministre chargé de l'outre-mer et dirigé par un officier de l'armée terre. Les personnels affectés à ce service sont majoritairement militaires (environ un millier). Quelques 70 civils y travaillent cependant également, la grande majorité étant des fonctionnaires civils de la défense mis à disposition auprès du ministère des outre-mer. Une dizaine d'ouvriers d'Etat mis à disposition par le ministère de la défense, un peu moins d'une vingtaine de contractuels, pour la plupart de droit public mais quelques uns sont de droit privé, complètent les effectifs.

La vocation hybride de ce dispositif et le double rattachement ministériel qui en découle ne simplifient pas son organisation, comme le montrent un certain nombre des questions que pose le recours du syndicat UNSA Outre-Mer service militaire adapté tendant à l'annulation de la décision implicite de refus¹ que le ministre des outre-mer a opposé à sa demande de modifications d'un certain nombre de dispositions de cette instruction.

Avant de les examiner, vous devrez commencer par écarter la fin de non recevoir opposée par le ministre des armées, tirée de la tardiveté du recours au regard de la date de publication de l'instruction. Mais, comme nous venons de le dire, le syndicat requérant n'attaque pas cette circulaire mais le refus de l'abroger partiellement né du silence gardé pendant deux mois par le ministre sur sa demande du 3 octobre 2016. Sa requête, enregistrée au Conseil d'Etat le 31 janvier 2017, n'est donc pas tardive.

¹ Le silence gardé par l'administration sur une demande ne tendant pas à l'adoption d'une décision individuelle vaut toujours rejet, par dérogation au principe contraire de l'article L. 231-1 du code des relations entre l'administration et le public (art L. 231-4).

Il n'en demeure pas moins que la légalité de la décision de refus attaquée dépend de celle des dispositions de l'instruction que le syndicat demandait au ministre de modifier.

Le syndicat requérant fait en premier lieu grief à l'instruction litigieuse de ne pas traiter la situation des agents contractuels. Mais il appartient à l'auteur d'une circulaire de définir son objet et nous ne voyons pas ce qui aurait obligé les auteurs de l'instruction à traiter aussi les agents contractuels.

Nous poursuivons l'examen des moyens par ceux que nous vous proposerons d'écarter.

Ainsi de celui qui vise l'article 1.4 qui indique qu'à « titre transitoire et dérogatoire, pour la période 2015-2018, le personnel civil du SMA vote au seul comité technique ministériel du ministère de la défense ainsi qu'au comité technique de proximité relevant du ministère de la défense ». Le syndicat requérant soutient que les agents du service militaire adapté étant affectés au ministère chargé des outre-mer, ils devraient voter aux comités techniques de proximité de ce ministère.

Il n'ignore pas que par votre décision *UNSA Gendarmerie et SMA*, du 25 janvier 2016 (n° 387538, aux T), vous avez jugé « qu'en l'absence de comité technique de proximité spécifique au service militaire adapté, les agents civils du service militaire adapté ont été rattachés aux comités techniques des bases de défense créés, sur le fondement de l'article 6 précité du décret du 15 février 2011, par arrêté du 9 septembre 2011 auprès de chaque commandant de base de défense » et que ce rattachement ne méconnaissait pas les dispositions de l'article 6 du décret. Mais il essaye de vous démontrer que cette affirmation procéderait « d'une confusion entre la notion de forces armées et de ministère de la défense ». A notre tour de ne pas être convaincu par cette argumentation : comme nous l'indiquons dans nos conclusions sur cette précédente décision, « le service militaire adapté est administrativement rattaché au ministre des outre-mer mais fonctionnellement inséré dans les forces armées : il s'agit comme son nom l'indique d'un service militaire et l'article 2 de l'arrêté interministériel du 30 septembre 1991 indique qu'il « *est effectué au sein de formations militaires particulières dites formations du service militaire adapté qui s'insèrent dans l'ensemble des forces interarmées* ». Ce service aurait pu être rattaché aux comités techniques de proximité du ministère des outre-mer, mais il est beaucoup plus cohérent, au regard de la nature de ses missions, de le rattacher aux comités techniques du ministère de la défense et, puisqu'il s'insère dans les forces armées en outre-mer, aux comités techniques déconcentrés que sont les comités techniques des bases de défense ».

Les auteurs de l'instruction n'ont donc fait, en rappelant aux personnels civils du SMA qu'ils votent aux comités techniques de proximité du ministère de la défense, que rappeler l'état du droit résultant des dispositions du décret et de l'arrêté de 2011.

Le syndicat requérant critique l'article 1.10 en tant qu'il prévoit que « l'action sociale relève du ministère de la défense » et non, également, du ministère des outre-mer.

En application de la règle générale posée par l'article 2 du décret n° 2008-370 du 18 avril 2008 organisant les conditions d'exercice des fonctions, en position d'activité, dans les administrations de l'Etat, selon laquelle « *Les actes relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires exerçant leurs fonctions dans une autre administration de l'Etat que celle dont ils relèvent peuvent être pris par l'autorité compétente de l'administration d'accueil, à l'exception de ceux qui sont soumis à l'avis préalable de la CAP compétente* », les agents mis à disposition bénéficient de l'action sociale de l'administration d'accueil. Les dispositions particulières relatives à l'action sociale des armées (article 2 du décret n° 2007-51 du 11 janvier 2007) la réservant aux « *fonctionnaires, agents non titulaires et ouvriers relevant du ministère de la défense en activité ou*

placés en position de congé parental ainsi que de leurs familles », les agents mis à disposition auprès du ministère des outre-mer ne devraient bénéficier que de l'action sociale de ce ministère et non de celle du ministère de la défense. Les dispositions de l'article 1.10 dérogent donc à ces règles et sont illégales à ce titre, mais ce n'est pas le moyen soulevé par le syndicat requérant qui voudrait voir reconnaître un droit au bénéfice des actions sociales des deux ministères. Or il ressort des dispositions que nous avons citées qu'un agent ne peut relever des services de deux ministères pour les mêmes prestations. Vous pourrez donc écarter le moyen soulevé qui n'est pas précisément dirigé contre l'illégalité dont est entachée la disposition litigieuse, probablement à dessein si l'on en croit – et tout porte à le croire – le ministre des armées qui fait valoir que l'action sociale de son ministère est plus développée que celle du ministère des outre-mer.

La critique d'une disposition de l'article 2.5 relatif à la rémunération est plus sérieuse. Il est reproché à l'instruction d'avoir prévu qu'à "titre exceptionnel et dérogatoire, les règles de gestion appliquées en matière indemnitaire sont celles adoptées par le ministre de la défense" alors que, selon le syndicat requérant, une circulaire ne pourrait ainsi légalement déroger à des dispositions réglementaires.

Si la règle posée par l'instruction assume expressément un caractère dérogatoire, nous avons eu quelques difficultés à identifier la règle générale à laquelle il était ainsi dérogé. Il ressort du premier alinéa de l'article 2 du décret du 18 avril 2008 précité, qui ne donne compétence à l'administration d'accueil de l'agent mis à disposition que pour les décisions individuelles le concernant, que le régime indemnitaire dont bénéficie l'agent demeure celui de son administration d'origine, même si sa rémunération est versée par l'administration d'accueil. Ce décret est en revanche muet sur des "règles de gestion" des indemnités qui relèveraient de l'administration d'accueil. Le ministre de la défense a donc raison de souligner que les dispositions litigieuses ne dérogent pas au décret de 2008.

Cette compétence de l'administration d'accueil pour déterminer les "règles de gestion" des indemnités semble en revanche bien correspondre à une doctrine administrative qu'exprime une circulaire du 5 décembre 2014 d'application du décret du 20 mai 2014 portant création d'un régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (RIFSEEP), dont se prévaut le syndicat requérant. Cette circulaire, qui se réfère à une circulaire précédente du 28 janvier 2009 relative à la mise en oeuvre du décret de 2008, indique que "deux principes s'imposent donc en matière de rémunération des agents affectés en position normale d'activité : le fonctionnaire emporte le cadre juridique applicable à son grade. A cet égard, les primes et indemnités qui lui sont versées de droit sont celles qui sont liées à son corps d'appartenance; la doctrine de gestion appliquée est celle adoptée par l'administration d'accueil, dans le respect des textes réglementaires applicables".

Que faut-il entendre par "doctrine de gestion" ? Dès lors que les primes et indemnités auxquelles l'agent a droit sont celles liées à son corps d'appartenance, il ne peut s'agir de la fixation des règles constitutives de ces éléments de rémunération. Ainsi, l'application des dispositions de l'article 2 du décret du 20 mai 2014 qui définissent les modalités de détermination du montant des indemnités au regard du niveau des responsabilités et d'expertise ne relève que de l'administration d'origine de l'agent. L'instruction litigieuse respecte parfaitement cette règle lorsqu'elle prévoit que « le SMA établit la catégorisation des emplois de fonctionnaires du ministère de la défense en PNA sur la base des classements applicables au ministère de la défense ». Sa seule erreur est de croire qu'en posant cette règle elle déroge à la règle générale. Mais elle n'est contestée sur ce point.

L'administration d'accueil doit en revanche pouvoir verser les primes et indemnités qui correspondent à des sujétions particulières liées au poste d'affectation et aux missions exercées, comme l'indique la circulaire de 2009. Mais nous ne pensons pas que cette compétence particulière

relève de la gestion des indemnités, qui concerne donc plutôt les modalités pratiques de leur paiement.

On comprend dès lors mieux que l'instruction litigieuse assume une dérogation à ce qui n'est qu'une pratique administrative résultant de ce que la rémunération est assurée par l'administration d'accueil, qui doit donc à ce titre gérer l'ensemble des éléments, y compris les primes et indemnités, qui la composent. Cette dérogation temporaire est justifiée par le ministre qui écrit "que c'est en raison du fait que ce dispositif indemnitaire n'était pas encore en vigueur au ministère des outre-mer qu'il a été décidé, en accord avec celui-ci et dans l'intérêt des agents, que les fonctionnaires du SMA se verraient appliquer les règles de gestion fixées par le ministère de la défense".

Dans ces conditions, les dispositions litigieuses ne nous paraissent pas illégales : d'une part, elles ne méconnaissent aucune règle supérieure, d'autre part il nous semble que les ministres concernés peuvent s'accorder pour déroger à une pratique générale et décider que l'administration d'origine de l'agent assurera la gestion des indemnités. Le syndicat requérant ne nous explique d'ailleurs pas quelle incidence cette répartition temporaire des missions aurait sur les droits des agents concernés.

Si vous partagez notre analyse de ces trois dispositions contestées, vous écarterez aussi, en tant qu'il les concerne, le moyen formulé de manière globale à l'encontre de toutes les dispositions contestées de l'instruction tiré de ce qu'elle n'a pas été soumise pour avis d'un comité technique ou d'un comité d'hygiène, de sécurité et de condition de travail.

Pour ce dernier, il ne fait aucun doute que ni ces dispositions, ni d'ailleurs celles que nous aborderons dans un instant, ne font partie des questions sur lesquelles il doit être obligatoirement consulté, qui portent sur des projets importants modifiant les conditions de santé, de sécurité ou de travail (article 57 du décret du 28 mai 1982).

Les questions dont connaissent les comités techniques, en application de l'article 34 du décret du 15 février 2011, sont plus nombreuses et variées, puisqu'ils doivent notamment être consultés *"sur les questions et projets de textes relatifs : 1° A l'organisation et au fonctionnement des administrations, établissements ou services ; 2° A la gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences; 3° Aux règles statutaires et aux règles relatives à l'échelonnement indiciaire ; 5° Aux grandes orientations en matière de politique indemnitaire et de critères de répartition y afférents"*.

Mais les dispositions que nous venons d'examiner, si elles peuvent se rattacher à certaines de ces catégories de questions, n'ajoutent rien, sur ces matières, par rapport aux règles existantes. Il n'y avait donc pas lieu d'en saisir le comité technique.

Il n'en va pas de même, en revanche, des dispositions des points 1.3, 1.5 et 1.13 de l'instruction, qui déterminent les règles applicables aux fonctionnaires affectés au sein du service militaire adapté en matière respectivement de conditions d'emploi, d'autorisations d'absence et de comité médical et qui modifient la répartition réglementaire des compétences entre l'administration d'origine et l'administration d'accueil en prévoyant qu' "en ce qui concerne le régime des congés et de l'aménagement et de réduction du temps de travail, l'agent est soumis à celui en vigueur au sein du ministère de la défense" (art 1.3), que la gestion des autorisations spéciales d'absence pour différents motifs "est assurée par le SMA selon la réglementation applicable au ministère de la défense" (art 1.5) et que "le comité médical compétent est celui du ministère de la défense" (1.13).

Ces dispositions apparaissent dérogatoires à la règle générale que nous avons évoquée précédemment selon laquelle les règles applicables aux agents mis à disposition relèvent de

l'administration d'accueil. Or il ressort de l'article 10 du décret n° 2013-728 du 12 août 2013 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'intérieur et du ministère des outre-mer que *"Le commandement du service militaire adapté est, pour l'application des articles D. 3222-19 et suivants du code de la défense, rattaché à la direction générale des outre-mer"*. Cette direction est, en vertu de l'article 1^{er} de ce même décret, une direction de l'administration centrale du ministère de l'intérieur. Par conséquent, les règles régissant les fonctions au sein du SMA devraient en principe celles de la direction générale des outre-mer.

Ce rattachement du service militaire adapté à ce département ministériel est cependant quelque peu artificiel, car il est fonctionnellement inséré dans les forces armées : il s'agit comme son nom l'indique d'un service militaire et l'article 2 de l'arrêté interministériel du 30 septembre 1991 indique qu'il *« est effectué au sein de formations militaires particulières dites formations du service militaire adapté qui s'insèrent dans l'ensemble des forces interarmées »*. Il apparaît donc beaucoup plus cohérent que les règles relatives aux conditions de travail, aux congés et au comité médical soient celles du ministère de la défense, qui est en charge des forces armées au sein desquelles les agents du service militaire adapté exerceront leurs fonctions.

Les auteurs de l'instruction litigieuse pouvaient d'ailleurs décider de déroger à la règle générale que nous avons citée, en application de l'article D. 3222-21 du code de la défense aux termes duquel *« Un arrêté commun du ministre de la défense et du ministre chargé de l'outre-mer fixe les missions et l'organisation du service militaire adapté (...) »* et de l'arrêté du 30 septembre 1991 selon lequel *« Le ministre de la défense et le ministre des départements et territoires d'outre-mer décident d'un commun accord de toutes les mesures intéressant conjointement leurs départements en ce qui concerne :/ (...) - les effectifs permanents civils et militaires à leur consacrer [au SMA] ; (...) »*. Mais ces dérogations concernant les modalités d'emploi, de congés et relatives au comité médical devaient être préalablement soumises pour avis au comité technique qui, comme nous l'avons dit, connaît *« des questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services, des questions relatives aux effectifs, aux emplois et aux compétences »* (article 15 de la loi du 11 janvier 1984).

Nous pensons en revanche que les ministères signataires pouvaient légalement, pour déroger à l'application des règles en vigueur dans l'administration des outre-mer en ce qui concerne le régime des congés et de l'aménagement et de réduction du temps de travail ainsi que la gestion des autorisations spéciales d'absence, se borner à renvoyer à *« la réglementation applicable au ministère de la défense »* : les agents concernés étant des agents du ministère de la défense, cette réglementation définit nécessairement les conditions de leur application.

Nous vous proposons par conséquent d'annuler le refus du ministre de l'outre-mer d'abroger les articles 1.3, 1.5 et 1.13 de l'instruction du 25 novembre 2015. Compte tenu de la nature de l'illégalité qui les entache, il n'y a pas lieu d'enjoindre aux ministres, comme vous le demande le syndicat requérant, de modifier ces dispositions mais de les abroger, ce qui ne les empêchera pas, s'ils le souhaitent, de les réintroduire dans le même temps dans l'instruction, après les avoir soumises au comité technique. En attendant, ce sont les règles applicables à l'administration des outre-mer qui s'appliqueront à eux. Les autres demandes d'injonction ne peuvent qu'être rejetées, notamment celle portant sur la "réécriture du dernier alinéa de l'article 5", totalement incompréhensible, ne serait-ce que parce que cet article ne comporte qu'un seul alinéa et que l'arrêté qu'il méconnaîtrait n'est pas indiqué.

Tel est le sens de nos conclusions.