

N° 416771
Mme C...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 25 septembre 2019
Lecture du 9 octobre 2019

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Bien que le régime des retraites ne soit pas universel – pas encore du moins ! –, est-il aujourd’hui légal d’appliquer deux traitements différents de retraite anticipée pour des emplois caractérisés par la même pénibilité ?

C’est la question soulevée par le pourvoi de Mme C.... Initialement assistante sociale de l’Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP), elle a été détachée auprès du ministère de l’éducation nationale pour suivre une formation d’élève institutrice, puis elle a été titularisée comme institutrice et radiée des cadres de l’AP-HP. Elle a ensuite été nommée professeur des écoles.

L’administration lui a refusé le bénéfice d’une retraite anticipée en estimant qu’elle ne remplissait pas la condition de durée minimum de services actifs exigée par les textes. L’administration a considéré que ses services accomplis en tant qu’assistante sociale à l’AP-HP relevaient de la catégorie sédentaire et non de la catégorie active, en raison de son recrutement ultérieur par concours dans les cadres de l’Etat. Elle a retenu qu’en intégrant la fonction publique d’Etat, Mme C... avait perdu le bénéfice des années de catégorie active dans la fonction publique hospitalière.

1. Rappelons au préalable que les emplois publics relèvent soit de la catégorie active, soit de la catégorie sédentaire. Un emploi public de catégorie active est un emploi occupé par un fonctionnaire, qui présente un risque particulier ou des fatigues exceptionnelles. Les emplois sont classés en catégorie active par arrêtés ministériels. Tout emploi qui n’est pas classé en catégorie active est un emploi de catégorie sédentaire.

Cette qualification emporte des conséquences pour la pension des fonctionnaires. L’article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit que les fonctionnaires peuvent bénéficier d’une retraite anticipée, à 57 ans, s’ils ont accompli au moins 17 ans de services dans des emplois classés dans la catégorie active. C’est ce même article – de rang législatif donc – qui précise ensuite que sont classés dans cette catégorie active « les emplois présentant un risque particulier ou des fatigues exceptionnelles ». Il renvoie à une nomenclature établie par décret en Conseil d’Etat.

En application de ce principe, l'article R. 35 du même code prévoit une règle et une exception. Précisons que cet article dans sa version actuelle est issue d'un décret n° 2003-1305 du 26 décembre 2003, mais qu'en substance il est en vigueur depuis 1964.

La règle, c'est que les services rendus par les agents qui terminent leur carrière au service de l'Etat mais ont auparavant relevé du régime de la CNRACL (Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales) et des administrations mentionnées aux 3° et 5° de l'article L. 5 (deux cas très spécifiques¹) sont toujours réputés accomplis dans la catégorie sédentaire.

L'exception, c'est que pour les agents qui ont été intégrés d'office dans les cadres de l'Etat, les services accomplis sous le régime de la CNRACL et classés dans la catégorie active au titre de ce régime sont assimilés à des services de la catégorie active.

Ainsi, des services accomplis dans la catégorie active en dehors de la fonction publique d'Etat ne sont pas pris en compte, sauf si le fonctionnaire a été intégré d'office. Dit plus brutalement, dans la fonction publique, si vous choisissez de changer d'employeur, oubliez les droits attachés à votre pénibilité passée !

Le pouvoir réglementaire pouvait-il ainsi, sans méconnaître le principe d'égalité, prévoir que des services équivalents en termes de fatigue ou de risque ne soient pas pris en compte de façon identique pour l'admission à la retraite ?

3. Comme vous le savez, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier².

Tout d'abord, l'argument tiré de ce qu'une règle similaire existe en sens inverse ne nous convainc pas. Certes, l'article 53 du décret n° 2003-1036 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la CNRACL prévoit une disposition identique. Seuls les fonctionnaires de l'Etat intégrés d'office dans les cadres de la fonction publique territoriale ou hospitalière bénéficient de la prise en compte des services effectués dans la catégorie active. Avec une rédaction un peu différente, c'est bien la même règle qui s'applique et qui conduit à écarter la reconnaissance de la catégorie active pour des fonctionnaires qui ont fait le choix de changer de fonction publique.

Mais l'arithmétique n'est ici pas de mise : moins par moins ne fait pas plus ! Une double méconnaissance du principe d'égalité ne rend pas légale chacune des atteintes à ce principe.

¹ 3° : Services accomplis dans les établissements industriels de l'Etat par les fonctionnaires tributaires du régime des pensions du fonds spécial des ouvriers de l'Etat (FSPOEIE) ; 5° : Services accomplis dans les collectivités territoriales d'Outre-mer

² Assemblée, 11 avril 2012, GISTI, n° 322326

La question est bien celle du traitement différent réservé, pour le droit à la retraite anticipée, aux fonctionnaires soumis à des fonctions identiquement pénibles selon qu'ils sont ou non restés au sein de la même fonction publique.

Vous pourriez, en première approche, estimer que le principe d'égalité ne s'applique, en matière de fonction publique, qu'au sein du même corps, et, a fortiori, de la même fonction publique.

Vous jugez ainsi que le principe d'égalité n'implique pas que des personnes placées dans des situations différentes soient traitées de manière identique. S'agissant de la fonction publique, le principe d'égalité de traitement ne peut, en principe, être invoqué que pour des agents appartenant à un même corps ou à un même cadre d'emploi qui sont placés dans une situation identique (par exemple : 21 mai 2008, S... et autres, n° 293567, aux Tables).

Toutefois, vous y avez pertinemment apporté des exceptions lorsque l'objet de la norme est déconnecté de l'appartenance à un corps. Vous avez fait application du principe pour des normes régissant la situation des fonctionnaires qui, en raison de leur contenu, ne sont pas limitées à un même corps ou à un même cadre d'emplois.

D'abord, dès votre décision de Section T... (28 mai 1999, n° 167498, au Recueil, conclusions H. Savoie), vous avez censuré l'octroi d'avantages aux anciens élèves de l'école navale promus officiers alors que ceux de l'école de l'air n'en profitaient pas, malgré une formation identique.

Ensuite, par votre décision bien connue *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police* (9 février 2005, n° 229547, au Recueil), vous avez estimé que des avantages versés en contrepartie de l'exercice des missions dans des quartiers urbains défavorisés, dits difficiles, devait s'appliquer à tous les fonctionnaires également concernés par cette circonstance, quel que soit leur corps. Vous avez relevé que n'était invoquée aucune considération d'intérêt général en rapport avec les dispositions législatives dont il était fait application, et qui avaient pour objet de mieux prendre en compte les sujétions particulières attachées au service dans ces quartiers et de favoriser la stabilité des fonctions des agents qui y sont affectés. Des modalités d'application différentes selon les catégories de fonctionnaires n'étaient donc pas justifiées.

Vous avez poursuivi ce raisonnement par votre décision *SNES* (22 octobre 2010, SNES, n° 314825, aux Tables), en analysant la différence de traitement non pas au regard du corps d'appartenance, mais au regard des avantages attribués en compensation de l'affectation dans ces territoires. Ainsi, si d'autres mécanismes indemnitaires permettent la prise en compte des sujétions, la différence de traitement n'est pas manifestement disproportionnée. Vous avez donc, malgré des corps différents, retenu l'opérance du principe d'égalité et avez décliné le raisonnement applicable pour savoir s'il était méconnu en l'espèce.

Dans un autre registre, vous avez retenu une méconnaissance du principe d'égalité à propos de la pension militaire d'invalidité dont l'indice différait, à grades équivalents, selon les corps d'appartenance des bénéficiaires (8 juin 2011, M. V..., n° 328631, au Recueil ; 8 juin 2011, M. M..., n° 324839), eu égard à l'objet de cette pension.

Comme Damien Botteghi dans ses conclusions sur cette dernière décision, nous vous invitons, dans le présent litige, à vous inscrire dans ce qu'il appelait « la voie de la reconnaissance de l'application transversale du principe d'égalité ».

En l'espèce, l'objet déterminé par le législateur est de compenser la fatigue ou les risques particuliers par le droit à une liquidation anticipée de la retraite. Pour deux personnes ayant exercé le même emploi en catégorie active, la circonstance que l'une soit ensuite restée dans sa fonction publique d'origine alors que l'autre en est partie ne saurait justifier une différence de traitement consistant à annuler purement et simplement le droit à l'avantage qui y est lié pour la seconde.

Prenons le cas concret de notre dossier pour mieux illustrer notre propos. Mme C... a exercé pendant près de dix ans comme assistante sociale auprès de malades puis en tant qu'institutrice, soit un total de 21 ans. En application de la nomenclature, relèvent de la catégorie active les services effectués en tant qu'assistante sociale « dont l'emploi comporte un contact direct et permanent avec les malades »³. Qu'est-ce qui justifie que ces années ne soient pas prises au compte en ce qui la concerne alors que tel serait le cas pour un autre fonctionnaire, exerçant le même emploi, pour le seul motif que par la suite il a continué de travailler au sein de la même fonction publique ? Rien, rien qui soit en lien avec l'objet de la norme, à savoir compenser la fatigue et les risques du métier. Le principe d'égalité est opérant et il est fondé : il trouve à s'appliquer eu égard à l'objet de la norme, et il est méconnu.

Certes, au moment de la retraite, dans cet exemple, les agents relèvent de deux fonctions publiques différentes. Mais ils relevaient auparavant de la même fonction publique et de la même catégorie, donnant le même droit à la retraite anticipée. Le pas que nous vous proposons aujourd'hui de franchir ne vous conduit donc pas véritablement à reconnaître l'opérance du principe d'égalité entre deux corps différents ou entre deux fonctions publiques différentes, mais seulement entre deux poursuites de carrière différentes faisant suite à la même situation initiale.

Nous identifions même deux terrains de méconnaissance du principe d'égalité :

- d'une part selon que l'agent est resté au sein de la même fonction publique ou en est parti,
- d'autre part selon le motif de départ de l'agent (selon qu'il a été intégré d'office ou qu'il a fait le choix d'une mobilité).

Aucun motif d'intérêt général n'est invoqué. Le mémoire en défense du ministre de l'action et des comptes a au moins le mérite de la clarté : il s'agit de ne pas faire peser sur le régime « accueillant » la pression financière liée à un tel surcoût. Mais cette question se règle par d'autres voies, de compensation entre régimes le cas échéant. Elle ne justifie pas que ce soit l'agent, auquel le législateur a reconnu un droit à départ anticipé du fait de son exercice de missions pénibles, qui en perde le bénéfice pour de tels motifs.

³ Tableau annexé à l'arrêté du 12 novembre 1969 précisant la liste de référence des emplois classés en catégorie active dans la fonction publique hospitalière

Ce mémoire a aussi le mérite de la franchise, toutefois teintée d'euphémisme, en indiquant que ce système « neutralise » les effets de la mobilité. En vérité, plus qu'une neutralisation, c'est un frein à la mobilité, peu en phase avec les évolutions en cours. Mais c'est un argument de contexte, nous le confessons.

C'est bien sur l'atteinte au principe d'égalité, raison de droit et non d'opportunité, que nous vous proposons de juger que ces dispositions sont entachées d'illégalité. Le tribunal administratif a donc commis une erreur de droit en rejetant le moyen par lequel Mme C... excipait de l'illégalité de l'article R. 35 au regard du principe d'égalité.

Si vous nous suivez, vous pourrez sans difficulté régler l'affaire au fond. Mme C... comptabilise le nombre d'années requises en catégorie active. Vous pourrez donc annuler la décision de retrait de la décision portant admission à la retraite.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Melun
- à l'annulation de la décision du 23 octobre 2014 par laquelle la directrice académique des services de l'éducation nationale, directrice des services départementaux de l'éducation nationale du Val-de-Marne a retiré la décision en date du 2 septembre 2014 portant admission à la retraite de Mme C... à compter du 1^{er} septembre 2015
- à ce que l'Etat verse à Mme C... la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.