

N° 423168

M. F...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 6 décembre 2019

Lecture du 24 décembre 2019

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Faut-il avoir créé son entreprise après avoir quitté l'administration pour percevoir l'indemnité de départ volontaire ? Formulée ainsi, la question appelle une réponse assez simple. Encore faut-il savoir la chronologie exacte requise de la part des fonctionnaires qui souhaitent bénéficier de ce dispositif pour créer leur entreprise. Trois cours administratives d'appel au moins¹ ont déjà donné des réponses que l'on peut qualifier de strictes et c'est pourquoi il nous a semblé utile de porter cette affaire devant votre formation de jugement pour clarifier l'interprétation des textes applicables.

1. M. F... est fonctionnaire du ministère de l'agriculture. A compter de 2001, il a été placé en disponibilité pour convenances personnelles, initialement pour une durée de trois ans, régulièrement renouvelée, et il a exercé des fonctions de directeur technique dans une entreprise privée. Il a ensuite souhaité créer une société d'expertise comptable et de commissaire aux comptes et a, pour ce faire, sollicité, en 2011, le bénéfice de l'indemnité de départ volontaire, en application du décret n°2008-368 du 17 avril 2008. Le ministère ne lui a alors pas répondu et M. F... a créé son entreprise, en 2013, dans le cadre d'une nouvelle disponibilité pour création ou reprise d'entreprise.

En 2014 seulement, le ministre a répondu à sa demande de 2011 et lui a proposé une IDV, d'un montant d'environ 6 000 euros, établi sur la base de la rémunération brute perçue au cours de la dernière année au titre de laquelle il avait été rémunéré par l'administration. M. F... a contesté cette décision du 21 janvier 2014 et renouvelé sa demande d'IDV en décembre 2014, à la suite de l'intervention du décret du 19 mai 2014 établissant un mode de calcul d'IDV pour les agents placés auparavant en disponibilité. Il demandait une IDV de plus de 110 000 euros. Par une décision du 2 avril 2015, le ministre a rejeté sa demande, en estimant que l'IDV ne pouvait plus être versée dès lors que M. F... avait créé son entreprise avant d'avoir démissionné de la fonction publique.

Le TA de Paris, confirmé par la CAA de Paris, a rejeté sa demande tendant à l'annulation de cette décision, assortie de conclusions indemnitaires.

¹ Outre la CAA de Paris dans l'arrêt attaqué, voir CAA Lyon, 25 avril 2013, n° 12LY02393 et CAA Versailles, 26 octobre 2017, Ministre de l'agriculture et de la forêt c/ M. M...

La cour a jugé que « seuls peuvent prétendre au bénéfice de l'indemnité de départ volontaire (...) les agents qui créent ou reprennent une entreprise, après avoir définitivement quitté la fonction publique de l'Etat ». M. F... conteste la condition de démission préalable à la création d'entreprise.

2. L'indemnité de départ volontaire, bien que constituant un dispositif assez récent, a déjà connu plusieurs évolutions.

D'abord instituée dans la fonction publique hospitalière en 1998², elle a été étendue à la fonction publique d'Etat par le décret du 17 avril 2008. Elle s'inscrivait dans le processus de la dite « révision générale des politiques publiques » (RGPP) ainsi que le souligne la circulaire d'application du décret.

Ce décret a été modifié à deux reprises, par le décret n° 2014-507 du 19 mai 2014, puis par le décret n° 2019-138 du 26 février 2019.

S'agissant de la fonction publique d'Etat, cette indemnité, versée en contrepartie de la démission de la fonction publique, est ouverte aux agents soit dont le poste fait l'objet d'une restructuration dans le cadre d'une réorganisation du service, soit qui souhaitent créer ou reprendre une entreprise. S'y ajoutait, jusqu'au décret du 19 mai 2014, le cas dans lequel l'agent souhaitait « mener à bien un projet personnel », formulation jugée toutefois trop large et qui a été supprimée.

Le montant de l'indemnité est modulé en fonction de l'ancienneté de l'agent et ne peut excéder deux fois la rémunération brute annuelle perçue durant l'année civile précédente. Le décret a été complété en 2014, afin de prévoir des règles de calcul pour les agents en disponibilité ou congé parental n'ayant perçu aucune rémunération versée par l'administration, en retenant que le plafond de l'IDV est calculé sur la base de la rémunération brute perçue au cours des douze derniers mois au titre desquels ils ont été rémunérés par l'administration.

En dépit du manque de statistiques précises sur l'utilisation du dispositif, on sait que le nombre d'IDV pour la fonction publique d'Etat a varié au cours des dernières années, avec un pic en 2012 (1287 IDV). Il était de 822 en 2018. 8810 IDV ont été versées entre 2009 et 2018. Le montant moyen versé est d'environ 30 000 euros³.

La récente loi du 6 août 2019, de transformation de la fonction publique, a prévu, pour la fonction publique d'Etat, le versement d'une indemnité en cas de démission à l'occasion de la restructuration d'un service. Il n'y a là rien de très nouveau⁴ sauf si les modalités qui seront fixées par décret diffèrent du régime actuel. Cette loi prévoit également l'expérimentation

² Décret n° 98-1220 du 29 décembre 1998 instituant une indemnité de départ volontaire au profit de fonctionnaires, agents stagiaires et agents contractuels en fonction dans un établissement mentionné à l'article 2 de la loi du 19 janvier 1986

³ Réponse du ministre de l'action et des comptes publics à la question écrite n° 16551 de la députée Claire O'Petit, publiée au JO le 26 novembre 2011

⁴ Hormis le bénéfice de l'allocation de retour à l'emploi (ARE)

d'une rupture conventionnelle pour les fonctionnaires selon un régime proche de celui applicable dans le secteur privé.

3. Après ce rapide historique, il nous faut nous arrêter sur les conditions précises d'octroi de cette indemnité.

A la date de la décision litigieuse (2 avril 2015), l'article 1^{er} du décret régissant l'IDV-restructuration disposait qu'« *Une indemnité de départ volontaire peut être attribuée aux fonctionnaires qui quittent définitivement la fonction publique de l'Etat à la suite d'une démission régulièrement acceptée (...) et dont le poste est supprimé ou fait l'objet d'une restructuration dans le cadre d'une opération de réorganisation du service. / L'agent qui souhaite bénéficier de l'indemnité de départ volontaire ne peut demander sa démission qu'à compter de la réception de la réponse de l'administration à la demande préalable de bénéfice de l'indemnité de départ volontaire.* ».

L'article 3 - IDV création ou reprise d'entreprise - prévoit qu'elle « (...) peut être attribuée aux agents (...) qui quittent définitivement la fonction publique de l'Etat pour créer ou reprendre une entreprise au sens de l'article L. 351-24 du code du travail (...) ». Il précise que « *Dans ce cas, les dispositions concernant la suppression du poste ou sa restructuration mentionnée à l'article 1er du présent décret ne s'appliquent pas.* »

Puis il prévoit les modalités de cette IDV spéciale : « *L'agent dispose d'un délai de six mois pour communiquer aux services de l'Etat le K bis attestant de l'existence juridique de l'entreprise qu'il crée ou reprend. Il devra transmettre, à l'issue du premier exercice, les pièces justificatives permettant de vérifier la réalité de l'activité de l'entreprise. / L'indemnité de départ volontaire est versée, pour la moitié de son montant, lors de la communication du K bis précité, et, pour l'autre moitié, après la vérification de la réalité de l'activité de l'entreprise (...)* ».

La circulaire n° 2166 du 21 juillet 2008 décrit la procédure d'octroi de l'indemnité en prévoyant que l'agent qui souhaite en bénéficier doit « préalablement à sa demande de démission » adresser à son administration une demande d'attribution de l'IDV précisant le cas dans lequel s'inscrit sa demande. L'administration informe alors l'agent de sa décision et du montant de l'indemnité qui lui sera attribuée si sa démission est acceptée. Elle précise que ce n'est que « dans un second temps » que l'agent présente sa démission à l'administration, qui dispose d'un délai de quatre mois pour lui répondre.

Pour préciser la chronologie entre création d'entreprise et demande d'IDV, encore faut-il savoir ce que recouvre la notion même de création d'entreprise.

L'article 3 renvoie à l'article L. 351-24 du code du travail. Cet article, dont les dispositions sont aujourd'hui reprises à l'article L. 5141-1 de ce code, prévoit que l'Etat peut accorder certaines aides à des personnes – globalement les demandeurs d'emploi – « *lorsqu'elles créent ou reprennent une activité économique industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, soit à titre individuel, soit sous la forme d'une société, à condition d'en exercer effectivement le contrôle, ou entreprennent l'exercice d'une autre profession non salariée (...)* ».

Relevons que cet article évoque non pas exactement la notion de création d'entreprise mais celle de création d'une activité économique. Ce renvoi permet toutefois de couvrir largement toute activité ainsi énumérée (commerciale, artisanale, agricole ou libérale), à titre individuel ou sous la forme d'une société, à la condition d'en exercer effectivement le contrôle.

Vous avez eu l'occasion de préciser ce que recouvre la notion de création d'entreprise au sens de ces dispositions du code du travail, c'est-à-dire lorsque cette création conditionne le bénéfice de certaines aides. Vous avez ainsi estimé que les aides destinées aux demandeurs d'emploi en cas de création d'entreprise pouvaient être refusées dans le cas d'un projet de création d'une société ayant des relations étroites avec d'autres sociétés appartenant à divers membres de la famille de l'intéressé (28 décembre 1992, G..., n° 110583, aux Tables) ou encore dans le cas de personnes ayant démissionné d'une société puis créant une société avec le même siège social et exerçant la même activité, en s'associant avec une autre personne (8 septembre 1995, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ J et P A..., n° 146394, au Recueil).

Vous vérifiez ainsi si la création de l'entreprise n'est pas une fiction ou un montage à partir d'autres entreprises déjà existantes. D'autres décisions font précisément état de la chronologie stricte entre demande de l'aide et création de l'entreprise, mais c'est en application de dispositions réglementaires⁵. Vous retenez que les demandeurs d'emploi qui créent ou reprennent une entreprise et sollicitent l'aide correspondante, doivent déposer leur demande auprès du directeur départemental du travail et de l'emploi préalablement à la création ou à la reprise de l'entreprise (par ex. : 17 décembre 1993, D..., n° 92295, C inédit au Recueil).

On comprend la logique d'exigence d'une création postérieure à la demande pour ces aides dont le but principal est le développement économique et de l'emploi.

Or, s'agissant de l'IDV, si ce but est aussi présent, le dispositif est au moins autant guidé par un autre objectif affiché, à savoir la préoccupation de baisse des effectifs. Pour autant, il existe bien deux dispositifs d'IDV, l'un pour restructuration sans condition liée à l'activité future de l'agent, l'autre sans restructuration mais liée à un projet de création d'entreprise. Dans le second cas, cet objectif prime et est une condition du bénéfice de l'indemnité. Il est assez légitime de la part de l'administration de vouloir éviter des effets d'aubaine qui consisteraient à percevoir une aide pour une entreprise déjà existante.

Nous pensons donc que l'IDV ne peut être octroyé dans le cas où l'entreprise préexistait à la demande. Pour autant, faut-il, comme l'a fait la cour, aller jusqu'à estimer que la création doit être postérieure à la démission effective ?

La création d'entreprise suppose une phase de préparation, de démarches et y compris de formalisation juridique. Un départ définitif de la fonction publique s'anticipe et on comprend aisément que des agents lancent concomitamment la demande d'IDV et les démarches de création de l'entreprise, ne serait-ce que pour ne pas subir une période creuse en termes de rémunération. Dans le cas où ces démarches sont concomitantes, l'esprit du dispositif nous semble pleinement préservé : l'IDV est bien demandée en vue de la création de l'entreprise.

⁵ article R. 351-43, 2ème alinéa du code du travail

Nous vous proposons donc de retenir que pour pouvoir prétendre au bénéfice de l'IDV, l'agent doit avoir créé son entreprise après avoir présenté sa demande tendant au bénéfice de l'indemnité. Autrement dit, si la création précède la demande, c'est non, mais entre la demande et la démission effective, si elle est acceptée, il y a un laps de temps, un interstice, dans lequel la souplesse doit selon nous être admise, dans un souci de réalisme.

Vous pourriez hésiter entre plusieurs curseurs : permettre que la création soit faite entre la demande et le départ effectif, ou entre la réponse favorable de l'administration et le départ effectif. Mais nous ne voyons pas l'intérêt de développer une approche « tatillonne » - si vous nous permettez l'expression - dès lors que l'effet d'aubaine est évité, c'est-à-dire que la création n'est pas antérieure à la demande. D'ailleurs, et même si des textes réglementaires le précisaient, c'est bien l'antériorité de la demande -et non de l'acceptation- par rapport à la création que vous avez retenu s'agissant des dispositions relatives aux aides prévues par le code du travail.

Vous proposant cela, nous nous sommes interrogée sur deux cas particuliers, celui de la disponibilité et celui de la position de cumul d'activités, lorsqu'elles précèdent la démission.

On doit d'abord s'interroger sur le cas d'un fonctionnaire qui a pris une disponibilité pour créer son entreprise et n'a donc pas, au moment de cette création, quitté définitivement la fonction publique mais en demande ensuite le bénéfice lorsqu'il démissionne. Les objectifs de création d'entreprise et de départ définitif sont bien remplis, mais l'agent n'est pas confronté à la même prise de risque que celui qui part définitivement et directement pour créer son entreprise. Il serait donc trop constructif d'étendre la possibilité de bénéfice de l'IDV pour celui qui a réalisé cette création à l'occasion d'une disponibilité précédant son départ définitif, dès lors que les textes ne le prévoient pas et imposent un départ en vue de la création.

Le décret du 19 mai 2014 est certes venu combler le vide du décret de 2008 en évoquant les agents en disponibilité mais aussi en congé parental. Ainsi que le souligne le ministère de l'action et des comptes publics en défense, dans le cadre de la RGPP en 2008, « *l'un des objectifs poursuivis alors par le dispositif était d'inciter au départ les agents pesant sur la masse salariale des administrations de l'Etat, ce qui n'est pas le cas des agents placés dans une position de disponibilité* ». Le décret du 19 mai 2014 a élargi le dispositif aux agents placés en position de disponibilité ou de congé parental. Mais il a seulement entendu déterminer un mode de calcul du fait de l'absence de rémunération de référence pendant l'année n-1, sans créer une voie dérogatoire particulière dans le cas d'une disponibilité préalable poursuivant les mêmes fins de création d'entreprise que la demande d'IDV. Autrement dit, il n'a pas prévu que dans un tel cas, la création d'entreprise engagée pendant la disponibilité pouvait permettre l'octroi de l'IDV. Un agent peut être en disponibilité avant la demande d'IDV mais il ne peut pas pour autant avoir créé son entreprise avant sa demande.

Par ailleurs, le cas particulier des fonctionnaires qui ont été autorisés à exercer leur activité en cumul en vue, également, d'une création d'entreprise mérite de s'arrêter un instant. Un « pont » aurait pu être envisagé entre ce dispositif et celui de l'indemnité de départ volontaire. Le même objectif est poursuivi, à savoir la création d'une entreprise. Et le même effet en résulte *in fine* en termes de baisse des effectifs dans la fonction publique, dans le cas d'un

départ définitif après la période de cumul. Mais si l'indemnité répond à ces deux objectifs, sa finalité est aussi de compenser le risque financier pris par l'agent. A cet égard, il n'est pas illogique que celui qui a pu bénéficier pendant deux ans d'une activité en entreprise en cumul de son activité de fonctionnaire ne bénéficie pas de la même aide financière. Nous ne pensons pas possible de réserver un tel cas par la voie prétorienne, qui impliquerait, si elle était souhaitée, une articulation expresse des textes.

Au total, ce qui compte c'est d'abord une intention : l'intention de créer ou reprendre une entreprise. L'indemnité accompagne cette intention, mais ne régularise pas une création passée. Ce qui compte ensuite, c'est la réalisation de cette intention. C'est bien ce que visent les textes d'une part en vérifiant que l'agent ne redevient pas agent public dans les cinq ans, d'autre part via le versement en deux temps de l'indemnité, l'une lors de la communication du K bis, l'autre après vérification de la réalité de l'activité de l'entreprise.

En l'espèce, l'arrêt attaqué nous semble devoir être confirmé dans son principe, mais précisé dans ses modalités. La position de la cour, consistant à retenir que l'agent ne peut avoir créé l'entreprise qu'après avoir définitivement quitté la fonction publique, nous apparaît trop stricte et elle peut être atténuée sans ôter pour autant au dispositif sa chronologie globale. La circonstance que l'agent ait accompli des formalités en vue de la création d'entreprise avant son départ définitif ne doit pas à elle seule faire obstacle à ce que lui soit accordée l'indemnité, dès lors que la création est postérieure à la demande.

Par ailleurs, il pourrait être opportun à cette occasion, eu égard à la diversité d'entreprises possiblement créées, de préciser de quelle façon l'agent doit faire la preuve de cette création. Le décret comme sa circulaire d'application mentionnent uniquement la production de l'extrait « K bis » qui ne concernent que les sociétés, alors que la curiosité – administrative - qui nous conduit au site « service-public.fr » montre que sont, de fait, également acceptées les pièces justificatives : / attestant de l'existence juridique de l'activité (...) (extrait K ou K bis du RCS, extrait D 1 du registre des métiers, certificat d'identification de l'INSEE pour les travailleurs indépendants, carte professionnelle pour une activité libérale.... Cette approche plus large de la diversité des pièces justificatives possible pourrait utilement être validée.

En l'espèce, la création de l'entreprise étant très antérieure à la demande ayant donné lieu au refus inscrit dans la décision litigieuse de 2015 - sous réserve toutefois de considérer, ce qui n'est pas évident, qu'il s'agissait d'une demande nouvelle et non du renouvellement de la première demande - la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

4. Vous pourrez écarter les deux autres moyens.

D'une part, la cour a, comme le tribunal, relevé qu'à la date de création de l'entreprise, M. F... n'avait pas quitté définitivement la fonction publique pour en déduire que dans ces conditions, il ne pouvait prétendre au bénéfice de l'indemnité. L'arrêt est suffisamment motivé et répond en cela implicitement à la motivation elle-même suffisante du jugement, en reprenant les motifs retenus par le tribunal administratif pour répondre au même moyen.

D'autre part, le moyen relatif à l'atteinte au principe d'égalité résultant du mode de calcul de l'IDV serait inopérant s'agissant de la décision litigieuse de 2015, puisqu'elle a purement et

simplement refusé l'IDV⁶. Mais il était soulevé à l'appui des conclusions indemnitaires. En tout état de cause, il n'y a pas d'atteinte au principe d'égalité du fait de règles de calcul différentes du montant de l'IDV selon que l'agent exerçait effectivement dans la fonction publique ou était placé en disponibilité dans la période antérieure, puisqu'il s'agit de deux situations indéniablement différentes, avec une différence de traitement directement liée à l'objet de la norme qui l'établit.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.

⁶ Sur le mode de calcul, voir 28 mars 2014, B..., n° 326919, aux Tables, censurant pour incompétence une circulaire de la DGAFP précisant le mode de calcul pour les agents antérieurement en disponibilité avant qu'il soit fixé par le décret précité de 2014