

N°s 425812-428615 – Syndicat départemental CFTC Réunion-Mayotte – FO services publics et santé de la Réunion et UNSA Santé et services sociaux de La Réunion

N°s 426956 – M. M... et autres

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 15 janvier 2020

Lecture du 30 janvier 2020

CONCLUSIONS

M. Alexandre Lallet, rapporteur public

Les requêtes qui viennent d'être appelées ont au moins trois points communs : elles nous emmènent dans l'Océan indien ; elles portent sur le régime indemnitaire de fonctionnaires qui y sont affectés ; et elles consistent à demander l'annulation de mesures *a priori* favorables à leurs auteurs.

*

Nous commencerons par nous transporter à la Réunion.

La vie y est chère, vous le savez, et c'est la raison pour laquelle les fonctionnaires hospitaliers qui y sont affectés bénéficient d'une majoration de plus de 53 % de leur traitement de base. Cette majoration comprend plusieurs composantes dont un **index de correction** créé par un décret n° 49-55 du 11 janvier 1949 lors du remplacement du franc CFA par le franc métropolitain et qu'un arrêté du 1^{er} septembre 1979 a fixé à 1,138.

En pratique, cet index a longtemps été appliqué non pas seulement au traitement indiciaire et aux compléments de rémunération énumérés par le décret de 1949, mais à l'ensemble de la rémunération des fonctionnaires hospitaliers, y compris des primes et indemnités non visées par ce décret. Cette générosité illégale n'a pas échappé à la chambre régionale des comptes, sous la pression de laquelle les comptables publics, d'abord récalcitrants, ont fini par revenir à une application stricte des textes à compter du 1^{er} octobre 2018.

Afin d'atténuer la perte de rémunération qui en résultait, et qui pouvait représenter jusqu'à près de 100 euros par mois pour certains agents, le décret n° 2018-814 du 27 septembre 2018 a créé une **indemnité compensatoire dégressive** au profit de ceux qui ont été affectés à la Réunion avant le 1^{er} octobre 2018. Son montant initial, qui correspond au différentiel de

rémunération lié à la désindexation, se réduit à mesure que le traitement de l'agent augmente, jusqu'à disparaître complètement, après quelques années.

C'est cette dégressivité que contestent les trois syndicats qui vous saisissent d'un recours contre ce décret et, pour l'un d'eux, en sus, d'un recours contre le refus de l'abroger.

Quoique nous vous proposons de rejeter les requêtes au fond, nous dirons un mot de **l'intérêt pour agir** des organisations requérantes, contesté en défense au motif que le décret est favorable aux agents.

Si vous annuliez ce décret, les fonctionnaires concernés subiraient de plein fouet les effets de la désindexation des primes et indemnités non visées par le décret de 1959. De surcroît, dans la mesure où rien n'oblige juridiquement le Premier ministre à compenser la perte de rémunération résultant de la cessation de la pratique d'indexation illégale, cette perte pourrait être définitive. Les organisations requérantes auraient ainsi desservi les intérêts financiers des agents qu'elle s'est donné pour objet de défendre.

Votre jurisprudence comporte de nombreux exemples fichés de rejet, faute d'intérêt pour agir, de recours dirigés contre des actes au motif qu'ils sont favorables au requérant, notamment – mais pas seulement - dans le cas où la mesure attaquée avait été prise à sa demande¹. Cette jurisprudence a été appliquée y compris à des actes réglementaires (V. par exemple : CE, 28 décembre 1992, *Commune de Liffre*, n° 123218, aux T., à propos de la fixation du taux d'une redevance). Vous avez ainsi dénié l'intérêt pour agir d'un syndicat contre une circulaire qui prévoyait une avance sur les traitements qui seraient dues aux agents en vertu d'un arrêté de classement non encore édicté (CE, 6 février 1974, *Syndicat des médecins des hôpitaux psychiatriques*, au Rec.). Cette conception subjective de l'intérêt pour agir, qui se nourrit de l'idée que l'acte doit « faire grief », cohabite mal avec une autre ligne jurisprudentielle admettant l'intérêt pour agir d'une personne morale dès l'instant que la mesure entre, par son objet, dans son propre objet statutaire, alors même que celle-ci apparaît favorable à la cause qu'elle défend (CE, 30 juillet 2014, *La Cimade*, n° 375430, au Rec.). Dans ses conclusions, Edouard Crépey plaçait sous le sceau de l'évidence le fait que l'intérêt pour agir devait s'apprécier au regard de l'objet de la mesure et non de son contenu, sans d'ailleurs distinguer entre personnes physiques et personnes morales.

Nous nous reconnaissons davantage dans la seconde ligne.

¹ CE, 19 juin 1958, *P... et V...*, Rec. p. 973 ; CE, 23 juin 1999, *L...*, n° 185616, aux T. ; CE, 8 mars 2012, *B...*, n° 350259, aux T. V. pour l'état du droit en la matière les conclusions de G. Odinet sur la décision *S...* du 26 juillet 2018 (n° 405917, aux T.). Selon le Président Odent : « *la condition nécessaire à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir est (...) que la décision attaquée ait, pour le requérant, des conséquences fâcheuses, qu'elle présente pour lui des inconvénients. Un requérant n'est donc recevable à attaquer ni une décision donnant intégralement satisfaction à une demande qu'il a présentée, ni une décision lui accordant un avantage* » (Contentieux administratif, Dalloz, 2007, tome II, p. 263).

Le verrou de l'intérêt pour agir poursuit deux objectifs essentiels :

- d'une part, elle est un instrument de **stabilité des situations juridiques** qui pourraient abusivement être remises en cause par des tiers qui n'en subiraient pas de conséquences préjudiciables de manière suffisamment directe et certaine et qui agiraient par pure malveillance ou pour passer le temps. Cette justification est sans portée lorsque le recours émane de l'intéressé lui-même, étant précisé que les recours abusifs peuvent donner lieu à une amende ;
- d'autre part, de l'aveu du Président Odent lui-même, elle est un **outil de régulation des flux contentieux**². Mais il est peu probable que la juridiction administrative soit submergée par des recours masochistes.

Ce verrou n'a pas été conçu comme une protection des requérants contre eux-mêmes.

Nous inclinons à penser que l'« ami qui vous veut du bien » n'est pas toujours un bienfaiteur – ce n'est pas vrai que dans les films – et que le requérant est tout de même mieux placé que le juge pour apprécier s'il vit mieux avec ou sans la mesure le concernant. C'est d'abord lui qui assumera les conséquences d'une annulation. A lui de faire ses calculs³. Et comme l'a montré un récent contentieux à nos conclusions concernant des mesures favorables à la communauté harkie⁴, un requérant peut vouloir, par stratégie politique le cas échéant, une remise à plat complète d'un dispositif même si, à l'instant *t*, l'annulation contentieuse le place dans une situation moins enviable ; il peut aussi considérer qu'une mesure financièrement favorable est symboliquement dégradante pour lui. Et le requérant qui estime qu'un acte réglementaire ne lui est pas suffisamment favorable n'est pas contraint d'abattre l'ensemble du château de cartes : il peut soit en demander l'annulation « en tant que ne pas », soit en solliciter la modification et attaquer le refus qui lui est opposé.

Nous pensons que le défaut d'intérêt pour agir pourrait tout au plus être circonscrit au cas où le requérant se méprend sur la portée de la mesure qu'il attaque, qu'il croit défavorable alors qu'elle ne l'est pas. La bonne administration de la justice pourrait alors justifier de l'éclairer sur la réalité des conséquences juridiques de l'acte et d'en tirer la conséquence que l'intérêt dont il se prévaut, qui ne se comprend qu'au regard de l'interprétation erronée qu'il a faite de la mesure, ne lui donne pas qualité pour en demander l'annulation. Sous cette réserve éventuelle, nous sommes d'avis de ne pas dénier l'intérêt pour agir d'un justiciable contre une décision dont il mesure bien la portée, quand bien même elle lui serait *a priori* favorable, comme c'est le cas ici.

Alternativement, vous pourriez cantonner la première ligne de jurisprudence, subjective, au cas des recours contre des décisions individuelles, et adopter une approche objective pour les recours contre les actes réglementaires.

² Contentieux administratif, p. 255

³ Même dans le cas où l'administration accède à l'une de ses demandes, il peut avoir changé d'avis et demander légitimement l'annulation de l'acte, indépendamment des possibilités de retrait ouvertes par les articles L. 242-3 et L. 242-4 du code des relations entre le public et l'administration.

⁴ V. les affaires 418521 et 426799, les décisions ne prenant pas parti sur ce point.

Quoiqu'il en soit, nous vous proposons de ne pas vous placer sur le terrain de l'intérêt pour agir pour rejeter ces deux requêtes, mais sur le fond.

Les deux moyens d'irrégularité de procédure, qui sont inopérants dans le contentieux du refus d'abroger le décret, ne sont pas fondés à l'appui du recours direct contre le décret.

D'une part, le **conseil supérieur de la fonction publique hospitalière** n'avait pas à être consulté préalablement à son édicton dès lors que, comme vous l'avez toujours jugé, les questions relatives à la rémunération des agents sont exclues du champ de compétence de cet organisme (CE, 25 mai 1992, *Union fédérale équipement CFDT et autres*, n° 91389-91692-91724-94618, aux T. ; CE, 29 octobre 2001, *Association nationale française des infirmières et des infirmiers diplômés ou étudiants*, n° 210557, au Rec.)⁵.

De même, le **conseil départemental de la Réunion** n'avait pas à être consulté dès lors que le décret, relatif à la rémunération des fonctionnaires hospitaliers affectés dans ce département, n'a pas pour objet d'adapter la législation ou l'organisation administrative du département à sa situation particulière au sens de l'article 1^{er} du décret n° 60-406 du 26 avril 1960 (V. pour cette solution à propos d'un décret modifiant le décret de 1949 relatif à l'index de correction : CE, Section, 1^{er} mars 1974, *Sieur C...*, n° 84619-84658-85270, au Rec.)⁶.

S'agissant de la légalité interne, il est reproché au décret d'introduire une rupture d'égalité entre les fonctionnaires en poste en métropole et ceux qui sont affectés à la Réunion en raison de la suppression de l'index de correction. Mais tel n'est pas son objet. Il se borne à tirer les conséquences de la cessation d'une pratique illégale consistant à appliquer cet index à l'ensemble de la rémunération, et non seulement aux éléments de rémunération prévus par le décret de 1949, et à prévenir une perte de rémunération subséquente.

Et dans la mesure où cette pratique et le risque de perte de rémunération découlant de sa disparition n'ont concerné que les fonctionnaires en poste à la Réunion avant le 1^{er} octobre 2018, il est parfaitement logique que l'indemnité ne bénéficie pas à ceux qui ont été affectés postérieurement à cette date. La différence de situation entre les uns et les autres justifie cette

⁵ Cette lecture, restrictive et constructive au regard des textes (qui évoque les projets de décrets relatifs à la « situation des agents publics) se comprend au regard de l'économie générale des textes et de la vocation de ces conseils supérieurs. Elle est surtout constante dans votre jurisprudence (V. par exemple : CE, 30 juillet 2003, *Fédération des professeurs français résidant à l'étranger*, n° 242095, 243300 et 247170) et le texte n'a pas évolué pour la combattre. Précisons qu'en tout état de cause, la rédaction retenue par le décret de 2012 doit se lire à la lumière de celle, plus explicite, de l'article 12 de la loi du 9 janvier 1986 qui circonscrit la compétence consultative obligatoire de cet organisme aux « *projets de décret de portée générale relatifs à la situation des personnels hospitaliers* ». Le décret attaqué est relatif à une indemnité versée aux personnels hospitaliers affectés à la Réunion avant le 1^{er} octobre 2018. Il a une portée pour le moins spécifique et, en tous les cas, non générale, au sens où il ne concerne pas l'ensemble des fonctionnaires hospitaliers. Il n'appelait donc, en tout état de cause, aucune consultation du Conseil supérieur.

⁶ V. aussi : CE, 16 mai 1980, *C... et autres*, n° 12670 et a., au Rec.

différence de traitement, qui est en rapport direct avec l'objet du décret. Et même si ce grief n'est pas élevé, vous pourriez préciser que la différence de traitement est proportionnée dans la mesure où l'indemnité n'excède pas ce qui est nécessaire pour corriger la perte de rémunération et qu'elle est temporaire et dégressive. Nous serions moins bienveillant à l'égard de l'instauration d'une indemnité pérenne au profit des agents qui ont illégalement bénéficié d'une prime supprimée.

Il est soutenu que le décret aurait dû régir la situation des agents contractuels pour éviter la situation constatée sur le terrain dans laquelle certains hôpitaux ont décidé volontairement de verser l'indemnité aux non-titulaires et pas d'autres. Mais cette rupture d'égalité ne résulte pas du décret litigieux, qui pouvait légalement être circonscrit aux fonctionnaires, seuls concernés par l'index de correction prévu par le décret de 1949.

Enfin, les organisations requérantes se méprennent là encore sur la portée du décret en alléguant qu'il supprimerait les augmentations indiciaires attachées à l'avancement des agents. Il y a là une pure illusion d'optique. Ces augmentations subsistent ; c'est seulement le montant de l'indemnité qui est réduite pour en tirer les conséquences, dans le but d'éviter une perte globale de rémunération. Il ne saurait être sérieusement soutenu que ce texte ferait perdre aux intéressés toute perspective d'évolution de carrière. Le décret n'est ainsi entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation.

Vous devrez donc rejeter ces deux requêtes.

*

Nous poursuivons notre séjour dans l'Océan indien par une excursion guidée dans le régime indemnitaire des fonctionnaires de l'Etat affectés à Mayotte. Une excursion que nous tâcherons de rendre sinon plaisante, au moins brève, en essayant ne pas vous perdre en cours de route dans les subtilités de ce régime.

Historiquement, les agents affectés à Mayotte percevaient une **indemnité d'éloignement** d'un montant correspondant à 11 mois et 15 jours de traitement indiciaire net, versée pour moitié avant leur arrivée et pour moitié à l'issue de leur séjour⁷, qui était alors limité à deux ans – c'est ce qu'on appelait le « séjour réglementé »⁸. Ce séjour pouvait être renouvelé une seule fois, ouvrant droit au versement d'une nouvelle indemnité, dans les mêmes conditions, permettant ainsi à l'agent restant 4 ans de percevoir à ce titre 23 mois de traitement net.

Le décret n° 2013-965 du 28 octobre 2013 a remplacé cette indemnité d'éloignement par une **indemnité de sujétion géographique** d'un montant total de 20 mois du traitement de base seulement. Ce nouveau régime, moins favorable, s'applique aux agents affectés à Mayotte à

⁷ En application des dispositions combinées de l'article 3 du décret n° 96-1028 du 27 novembre 1996 et du 2° de l'article 2 de la loi n° 50—772 du 30 juin 1950.

⁸ Conformément à l'article 2 du décret n° 96-1027 du 26 novembre 1996.

compter du 1^{er} janvier 2017. Pour les autres, le décret de 2013 a prévu un régime transitoire. Un double régime, même, distinct selon que ces agents ont été affectés avant 2014 ou entre 2014 et 2016.

Pour les premiers, le III de l'article 8 du décret de 2013 a maintenu le versement de l'intégralité de cette indemnité d'éloignement dite « historique » pour les « *fractions restant dues et non encore échues* ».

Pour les seconds, le II du même article 8 a prévu le versement d'une indemnité d'éloignement dégressive, en quatre fractions annuelles, de 8 mois et demi de traitement indiciaire brut en 2014 à 5 mois en 2019, ce qui est moins favorable.

La portée de ces dispositions a été modifiée par le fait que, depuis le 30 juin 2014, l'affectation des fonctionnaires de l'Etat à Mayotte s'effectue nécessairement pour une **durée indéterminée**⁹. Il s'ensuit que, par exemple, un agent affecté en 2013 et bénéficiaire de l'indemnité d'éloignement historique pour son séjour réglementé 2013-2015 peut poursuivre son activité à Mayotte à compter de 2015, non plus pour un nouveau séjour réglementé de deux ans, mais pour une durée indéterminée. Dès l'instant qu'il n'est plus en séjour réglementé, la notion de « fractions restant dues et non encore échues » de l'indemnité d'éloignement historique, utilisées par le décret de 2013, est privée d'objet. Cet agent devait ainsi, à l'issue de son séjour de deux ans en 2015, être considéré comme ré-affecté à Mayotte entre 2014 et 2016, basculer en conséquence dans le régime transitoire de l'indemnité dégressive applicable à cette catégorie d'agents et recevoir à ce titre les fractions 2015, 2016, 2017 et 2018 de cette indemnité.

Dans le cadre du dialogue social qui a accompagné la départementalisation de Mayotte, le Gouvernement a toutefois pris l'engagement de maintenir complètement le régime de l'indemnité d'éloignement historique au profit des agents affectés avant 2014. Autrement dit, de faire comme si le maintien en fonction à l'issue du premier séjour de deux ans l'était d'abord pour deux ans sous le régime de l'indemnité historique. Pour reprendre notre exemple, l'agent arrivé en 2013 s'est donc vu octroyer l'indemnité historique pour son séjour 2013-2015, puis de nouveau l'indemnité historique versée pour moitié en 2015 et pour moitié en 2017 au titre du second séjour « fictif » de deux ans, et, enfin, l'indemnité dégressive pour les deux années suivantes.

Au lieu de faire les choses proprement, c'est-à-dire de modifier le décret de 2013, cette mesure sociale a pris la forme d'un relevé de conclusions de réunion interministérielle, autrement dit, d'un « bleu de Matignon ». Fort de cette prise de position, le ministre de l'éducation nationale a cru pouvoir adresser aux recteurs une note non publiée en date du 3 juillet 2018 décrivant et illustrant le régime indemnitaire modifié. Les 103 requérants qui se présentent à vous, fonctionnaires de l'éducation nationale affectés à Mayotte en 2012 ou 2013, vous demandent de l'annuler.

⁹ En raison de l'abrogation du décret n° 96-1027 par le décret n° 2014-729 du 27 juin 2014.

Sur le fond, ils ne se plaignent évidemment pas du maintien de l'indemnité historique pour 4 ans, conformément au « bleu », qui leur est très favorable. Mais à ce beurre, ils veulent ajouter l'argent du beurre : pour eux, à l'issue de ces 4 ans en indemnité historique, ils devaient pouvoir prétendre à l'indemnité dégressive pour 4 ans supplémentaires, et non simplement pour deux ans comme le prétend la note.

Il est impossible de suivre les requérants dans cette lecture du décret de 2013, et l'invocation du principe d'égalité comme du principe de sécurité juridique n'y change rien. Mais la difficulté est ailleurs : elle tient à ce que le débat qu'ils élèvent se greffe sur une construction juridique radicalement viciée. Car, comme votre 10^{ème} chambre l'a laissé entendre aux parties en leur communiquant le moyen d'ordre public correspondant, il est certain que **la note attaquée est entachée d'incompétence**. Comme on l'a vu, le régime indemnitaire en cause est fixé par décret, comme il devait l'être¹⁰. En l'absence de disposition permettant au ministre d'y apporter des adaptations dans leur ressort, celui-ci ne pouvait donc pas substituer l'indemnité historique à l'indemnité dégressive pendant les 3^{ème} et 4^{ème} années suivant l'affectation initiale.

La seule vraie question est celle de savoir si cette requête constitue une balle perdue, sans dommage, ou si elle doit ricocher dans le pied de chaque requérant.

Vous pourriez d'abord, au stade de la **qualification de leurs conclusions**, considérer qu'ils n'attaquent la note qu'en tant qu'elle porte sur la durée des droits à l'indemnité dégressive à l'issue d'une période d'éligibilité à l'indemnité historique dont ils ne contestent pas la durée. Ils auraient pu le faire car ces éléments sont juridiquement divisibles. Mais nous ne vous proposerons pas un tel détournement. D'une part, leur requête, présentée par un avocat, tend très clairement à l'annulation de la note dans sa totalité, et l'initiative de votre 10^{ème} chambre n'a suscité ni désistement, ni reformulation des conclusions. D'autre part, il est tout de même assez malaisé d'extraire cette pomme de discorde du gâteau indemnitaire. En dépit des éminentes qualités de rédaction de votre rapporteur et plus largement de votre formation de jugement, il n'est pas certain que vous puissiez écarter l'interprétation du décret de 2013 que vous proposent les requérants sans bénir, fût-ce implicitement, l'extension de l'indemnité historique incompétemment édictée. Enfin, et en tout état de cause, un tel effort nous paraît tout à fait inopportun en présence d'un tel vice, aussi classique que regrettable, alors qu'il n'est jamais superflu de rappeler aux ministres qu'ils ne disposent pas d'un tel pouvoir et qu'un bleu de Matignon n'est pas un décret du Premier ministre.

Vous ne pourrez pas davantage faire droit à la fin de non-recevoir du ministre qui plaide, d'un même mouvement, le **caractère non impératif** et le **caractère purement gracieux** de la note litigieuse :

¹⁰ V. le décret n° 85-730 du 17 juillet 1985 relatif à la rémunération des fonctionnaires de l'Etat et des fonctionnaires des collectivités territoriales et l'article 4 du décret n° 48-1108 du 10 juillet 1948 selon lequel les personnels civils de l'Etat relevant du code des pensions civiles et militaires de retraite ne peuvent bénéficier d'aucune indemnité autre que celles prévues par leur statut général, indemnités qui sont attribuées par décret

- sur le premier point, il ne fait pas de doute que le ministre a donné instruction aux recteurs d'appliquer le décret de 2013 dans le sens indiqué ;
- sur le second point, le caractère plus favorable aux agents du régime issu de la note ne saurait conduire à y voir une « mesure purement gracieuse » au sens de votre jurisprudence, comme telle insusceptible de recours contentieux. Cette notion est limitée aux mesures individuelles. Et c'est parce qu'une mesure individuelle relève de la pure faveur qu'une circulaire qui prétend fixer des orientations générales pour son octroi ne peut utilement être invoquée (CE, Section, 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c/ Cortes Ortiz*, n° 383267-383268, au Rec.). A suivre le ministre, il pourrait édicter en toute impunité contentieuse toute mesure réglementaire favorable aux agents. La magie de Noël toute l'année, en quelque sorte.

Reste un dernier obstacle, que votre 10^{ème} chambre a également signalé aux parties : **l'intérêt pour agir**.

Dans la conception que nous avons exposée, et dès lors qu'il n'y a aucune méprise sur l'interprétation de la note, nous ne voyons pas de raison de contrarier la stratégie de table rase des requérants pour que l'Etat revoie entièrement sa copie. En tout état de cause, vous pourriez vous retrancher derrière le fait que cette note comporte à la fois une bonne et une mauvaise nouvelle pour les requérants et ne pas vous attacher au fait que, prise globalement, elle leur est assurément plus favorable que l'application normale des textes.

Nous vous proposons donc **d'annuler la note et de rejeter les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative**.

Tel est le sens de nos conclusions dans ces trois affaires.