

N° 424245

M. P...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 27 janvier 2020

Lecture du 10 février 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

L'affaire qui vient d'être appelée concerne la possibilité pour le pouvoir réglementaire de procéder à des modifications de la nouvelle bonification indiciaire (NBI) et à leurs effets dans le temps.

1.M. P..., attaché principal, a été nommé le 1^{er} janvier 2017, dans l'emploi d'adjoint au chef de bureau des affaires juridiques de l'eau et de la nature, au sein de la direction des affaires juridiques du ministère de la transition écologique et solidaire. Ce poste était éligible à la nouvelle bonification indiciaire (NBI) à hauteur de 25 points, aux termes d'un arrêté ministériel du 4 janvier 2017 fixant ce montant avec effet au 1^{er} novembre 2016, faisant lui-même suite à un arrêté du 13 octobre 2015 retenant ce même montant.

Mais par deux arrêtés pris le même jour, en date du 2 février 2018, la NBI attachée à ce poste a d'abord été supprimée avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2017 (soit la date de l'arrivée de M. P... sur le poste) puis rétablie à 21 points à compter du 1^{er} mars 2017 dans le même arrêté, tout en étant confirmée à ce niveau par le second arrêté mais cette fois à compter seulement du 22 avril 2017, postérieurement donc à la date d'effet de l'autre arrêté, mais toujours avec effet rétroactif.

2.M. P... a demandé l'annulation de ces deux arrêtés devant le TA de Cergy-Pontoise, qui vous les a transmis, ce qui nous conduit à nous arrêter un instant sur le caractère réglementaire de ces textes.

Vous n'avez jamais pris position, par une décision fichée, sur le caractère réglementaire des arrêtés déterminant la NBI. Toutefois, la réponse nous semble s'imposer sans beaucoup de doute. En effet, il s'agit d'une décision fixant une liste d'emplois sans comporter de mentions individuelles. Elle relève donc, de ce fait, du champ du règlement, en application de votre jurisprudence C... (20 octobre 1978, n° 08391, aux Tables).

S'agissant précisément de la NBI, vous l'avez implicitement mais nécessairement jugé en examinant des recours dirigés contre des arrêtés ministériels pris pour l'application d'un

décret relatif à la NBI au titre de la politique de la ville (26 février 2004, Syndicat Sud travail et Syndicat CFDT-SYNTTEF, n° 242169, aux Tables) ou en estimant qu'un recours dirigé contre un arrêté préfectoral portant modification de la liste de postes éligibles à la NBI avait un caractère réglementaire (28 mai 2010, Ministre de l'écologie c/ Mme I..., n° 329852, inédit)¹.

Nous en tirons deux conséquences directes.

La première est que vous êtes bien compétent en premier et dernier ressort s'agissant de cet arrêté réglementaire ministériel.

La seconde est que deux moyens sur les quatre de la requête n'ont pas vocation à vous retenir. Dès lors que l'acte attaqué n'est pas une mesure individuelle, le moyen de légalité externe tiré du caractère insuffisant de sa motivation, tout comme le moyen de légalité interne relatif au délai de retrait d'un acte créateur de droits, sont inopérants.

3. Nous pouvons en venir au fond.

La NBI est issue du protocole d'accord dit « Durafour » du 9 février 1990 sur la rénovation des grilles des classifications et des rémunérations des trois fonctions publiques. En vertu du I de l'article 27 de la loi du 18 janvier 1991, elle est « *attribuée pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technicité particulières dans des conditions fixées par décret* ».

S'agissant du ministère chargé de l'environnement, l'article 1^{er} du décret du 14 octobre 1991² dispose que « *La nouvelle bonification indiciaire peut être versée mensuellement dans la limite des crédits disponibles aux fonctionnaires relevant du ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace, (...), qui remplissent l'une des fonctions dont la liste figure à l'annexe du présent décret* ». Dans cette annexe, figurent notamment les « *affaires juridiques* ». Le même article 1^{er} prévoit ensuite que « *Les modalités d'application du présent article sont fixées par arrêté conjoint du ministre chargé de la fonction publique, du ministre chargé du budget et du ministre chargé de l'équipement* ».

Un arrêté interministériel du 7 décembre 2001 fixe, sur ce fondement, les conditions d'attribution de la NBI dans le ministère. Puis interviennent des arrêtés ministériels³ qui déterminent la liste détaillée des emplois concernés.

L'administration peut, pour faire évoluer la liste des emplois concernés par la NBI, prendre en considération des raisons budgétaires et des orientations de politique de gestion des personnels (28 décembre 2012, Ministre de la défense c/ Mme D..., n° 347674, aux Tables).

¹ D'autres décisions, non fichées, vont également en ce sens (24 mars 2004, Mme Maisonneuve, n° 252830 ; 11 décembre 2006, M. Z..., n° 282653 ; 12 mars 2014, Mme B..., n° 358854).

² portant attribution de la nouvelle bonification indiciaire à certains personnels du ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace

³ ce qui crée un peu de perplexité, sans renvoi expresse de la part de l'arrêté interministériel au regard de la délégation faite par le décret à un arrêté interministériel

Il y a, en effet, une marge d'appréciation de la part de l'administration à déterminer les emplois concernés et à en faire évoluer la liste en fonction de différents éléments qui affectent la difficulté des postes, telles qu'une sensibilité accrue des questions traitées ou une réforme d'organigramme alourdissant la charge de management.

Par ailleurs, la NBI ne tient compte que d'un poste et non du fonctionnaire qui l'occupe. Vous avez logiquement déjà jugé que « le bénéfice de la bonification indiciaire est lié aux seules caractéristiques des emplois occupés, au regard des responsabilités qu'ils impliquent ou de la technicité qu'ils requièrent » (6/1 SSR, 21 mai 2008, Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi c/Mme T..., n° 302013, C).

Autrement dit, l'administration dispose d'une large marge de manœuvre pour définir la liste des emplois bénéficiant ou non de la NBI et pour la faire évoluer, mais elle ne saurait le faire en fonctions de considérations personnelles liées au titulaire du poste.

C'est précisément ce point qui est contesté en l'espèce : il est soutenu que l'acte serait entaché d'erreur de droit du fait de la détermination du niveau de NBI en considération de la personne du titulaire de l'emploi.

Précisons d'abord que le contrôle que vous exercez sur la détermination de la liste des emplois concernés ou de son évolution est un contrôle d'erreur manifeste d'appréciation (26 février 2004, Syndicat sud travail et Syndicat CFDT-SYNTef, n° 242169, aux Tables). Le moyen n'est toutefois pas, en l'espèce, soulevé au titre de l'erreur manifeste d'appréciation mais de l'erreur de droit, tirée d'une méconnaissance des textes au motif que la NBI aurait été déterminée en fonction de la personne.

Il est vrai que d'une part, la concomitance entre le changement du titulaire du poste et cette baisse peut créer un trouble en première approche. D'autre part, les justifications du ministère pour baisser le niveau de la NBI sur le poste sont d'ordre général et assez peu étayées. En revanche, le requérant pointe le fait que, même si un certain nombre de postes d'adjoint de chef de bureau ont désormais une NBI à 21 points, plusieurs ont été maintenus à 25 points.

Toutefois, ces circonstances ne suffisent pas, selon nous, à caractériser une individualisation déguisée et, partant, illégale de la NBI. Pour deux raisons.

D'abord, une justification, certes générale mais réelle, existe. C'est la volonté d'harmoniser la cotation des postes. Le ministère s'appuyait en ce sens sur des annonces faites devant les instances représentatives du personnel sans toutefois joindre le compte-rendu correspondant. Demandé par votre 7^{ème} chambre, ce document (le procès-verbal du comité technique spécial du secrétariat général du 1^{er} juillet 2015) explicite la réflexion globale menée sur la répartition des emplois éligibles à la NBI.

Ensuite, la circonstance que le changement de la cotation du poste corresponde au moment de l'arrivée d'un nouveau titulaire ne nous semble pas à elle seule de nature à caractériser une fixation de la NBI en fonction du titulaire occupant l'emploi.

A vrai dire, et bien qu'un agent n'a aucun droit au maintien de la bonification (voir décision Ministre de la défense c/ D... précitée), il nous semble assez pertinent, en termes de gestion des ressources humaines, que les nouvelles cotations de postes s'appliquent à l'occasion des changements de titulaires et non à leurs occupants en titre. Procéder à une harmonisation progressive au fil des renouvellements ne signifie pas que la cause de la baisse de la cotation soit liée à la personne du nouveau titulaire.

Et le maintien de 25 points pour des emplois que le requérant estime pourtant équivalents ne saurait caractériser une méconnaissance du principe d'égalité car la situation de chaque emploi est différente et relève d'une appréciation de l'administration avec une large marge de liberté.

Au total, eu égard à la marge de manœuvre dont l'administration doit pouvoir disposer pour fixer ces cotations et les faire évoluer, et dès lors qu'il n'est pas établi que la cause de la baisse serait une individualisation déguisée, nous pensons que ce moyen, tant sur le terrain de l'erreur de droit que de la méconnaissance du principe d'égalité, doit être écarté.

4. Pour autant, une question plus délicate vous arrêtera davantage. Il s'agit du caractère rétroactif de cette diminution de NBI.

Cette rétroactivité pourrait, en première approche, et c'est ce que soutient le ministre, résulter des dispositions de l'article 25 de la loi n° 94-628 du 25 juillet 1994 relative à l'organisation du temps de travail, aux recrutements et aux mutations dans la fonction publique, encore en vigueur, qui dispose que « *Les dispositions réglementaires prises pour l'application de l'accord sur la rénovation de la grille des classifications et des rémunérations conclu le 9 février 1990 [c'est-à-dire les accords dits Durafour] peuvent prendre effet à une date antérieure à leur publication* ».

Vous avez retenu que ces dispositions législatives n'autorisaient pas la rétroactivité de mesures réglementaires qui n'ont pas été prises pour l'application de l'accord Durafour (voir décision Syndicat Sud travail précité).

En l'espèce, les arrêtés litigieux sont très largement postérieurs aux accords Durafour et il peut apparaître excessif de donner une portée indéfinie à la loi de 1994, dès lors que l'accord Durafour prenait effet au 1^{er} août 1990 et s'est achevé au 1^{er} août 1997. Mais il reste qu'ils ont été pris, ainsi que cela apparaît dans leurs visas, dans le cadre d'un arrêté interministériel du 12 juillet 2010, lui-même pris « au titre des 6^{ème} et 7^{ème} tranches de la mise en œuvre du protocole Durafour ». Ils doivent donc être considérés comme pris dans le cadre de ce protocole. Le cas est très différent de celui de l'affaire Syndicat Sud travail : vous aviez alors écarté l'application du champ du protocole Durafour car les arrêtés en question s'inscrivaient dans le cadre de mesures de politique de la ville et non dans le cadre du protocole de 1990.

Ceci étant précisé, vous avez jugé que des dispositions réglementaires attribuant la NBI pour certains emplois pouvaient, sur ce fondement, prendre effet à une date antérieure à leur publication, mais vous avez précisé que ce texte ne pouvait servir de base légale à des dispositions réglementaires retirant rétroactivement le bénéfice de cette bonification pour

certaines emplois y ouvrant déjà droit en vertu de dispositions prises antérieurement (14 décembre 1998, Frère, n° 192114, aux Tables). Or, les arrêtés litigieux ne procèdent certes pas à un retrait du bénéfice de la NBI sur un emploi, mais au retrait de points de NBI pour un emploi, ce qui doit, à notre sens, donner lieu à assimilation et, partant, conduire à écarter la possibilité d'un effet rétroactif.

Nous vous proposons donc d'annuler ces arrêtés – en tant qu'ils concernent l'emploi d'adjoint du chef du bureau des affaires juridiques de l'eau et de la nature – en tant seulement qu'ils comportent un effet rétroactif.

5. La dernière question intéressante qui vous est soumise porte sur l'injonction.

Comme vous le savez, en application de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, lorsque la décision de la juridiction « implique nécessairement » qu'une personne publique prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure.

En l'espèce, le requérant vous demande d'enjoindre au ministre de régulariser sa situation. Dans le cas de la NBI, bien que les décisions soient de caractère réglementaire, il y a, pour une période donnée, un seul titulaire sur un emploi. L'annulation des arrêtés pour leur partie rétroactive sur cet emploi semble donc conduire mécaniquement à ce que la situation individuelle de M. P... soit revue.

Nous nous sommes toutefois interrogée sur la compatibilité de cette injonction avec votre décision de Section Mme V... (Section, avis, 13 mars 1998, n° 190751), qui retient notamment que l'exécution du jugement par lequel un acte réglementaire a été annulé n'implique pas que le juge enjoigne à l'administration de revenir sur les mesures individuelles prises en application de cet acte.

Vous avez retenu une telle impossibilité de prononcer une injonction en soulignant le caractère distinct du litige (exemple du retrait de diplômes délivrés sur le fondement d'un arrêté sur les conditions d'attribution du diplôme lui-même annulé : 16 décembre 1998, Fédération nationale des infirmiers, n° 189508, aux Tables).⁴

Dans ses conclusions sur votre décision de Section, Gilles Bachelier explique que « *certes les requérants peuvent croire en bon sens que les décisions individuelles prises à leur détriment étant (...) dépourvues de base légale, elles doivent être privées de tout effet utile.* » Mais l'obstacle provient ensuite du « *risque de contournement par les requérants ayant saisi le juge de l'exécution des règles aussi fondamentales dans le contentieux administratif que celles relatives à la forclusion ou à la prescription ou à l'obligation de présenter une réclamation préalable ou encore à l'exception de recours parallèle* ».

⁴ Vous avez toutefois prévu, dans le cas des aides d'Etat, une injonction conduisant à revenir sur les mesures individuelles d'application (15 avril 2016, Association Vent de colère ! – Fédération nationale, n° 393721, au Recueil).

Encore faut-il que nous soyons en présence d'une décision individuelle distincte et d'un litige potentiellement distinct. Or, dans le cas de la NBI, existe-t-il une décision individuelle ?

Les pratiques administratives varient très probablement. Mais vous avez expressément jugé que l'acte ne faisant qu'informer l'intéressé de la NBI ne revêtait pas le caractère d'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir (12 décembre 2012, Ministre de la défense c/ Mme D..., n° 340802, aux Tables). Dans ses conclusions, Maud Vialettes indiquait même qu'il ne s'agissait « tout simplement pas d'une décision ».

En conséquence, en l'absence de mesure individuelle distincte et de potentiel litige distinct, nous sommes dans un cas différent de celui de votre jurisprudence V.... Et dans un souci de bonne administration de la justice, il n'y a guère d'intérêt et de justification dans un tel cas à exiger un second contentieux, distinct, sur le versement des sommes dues en conséquence de l'annulation de l'acte réglementaire.

Nous pensons donc que vous devrez enjoindre au ministre de réexaminer la situation du requérant au titre de la période s'étendant du 1^{er} janvier 2017 au 26 mars 2018, c'est-à-dire de tenir compte du rétablissement de la situation légale qui devait s'appliquer à lui et de lui verser les sommes correspondantes. En revanche, nous ne proposons pas d'enjoindre directement au versement d'une somme précise car des événements de type congés particuliers peuvent suspendre le versement de la NBI.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation des arrêtés du 2 février 2018 en tant qu'ils suppriment, pour la période allant du 1^{er} janvier au 28 février 2017, la NBI de 25 points attachée à l'emploi d'adjoint du chef de bureau des affaires juridiques de l'eau et de la nature, puis la fixent à 21 points pour la période antérieure au 26 mars 2018
- A ce qu'il soit enjoint au ministre de réexaminer la situation de M. P... au titre de sa rémunération pour la période s'étendant du 1^{er} janvier 2017 au 25 mars 2018, dans un délai de deux mois
- Au rejet du surplus des conclusions de M. P....