

N° 438415

Ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse c/M. C...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 9 novembre 2020

Lecture du 20 novembre 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Un fonctionnaire stagiaire est-il un agent non titulaire ? C'est à cette question apparemment simple que ce pourvoi vous invite à répondre, s'agissant plus précisément de la prise en compte des services accomplis par un fonctionnaire stagiaire pour le calcul de son ancienneté (autrement dit, pour le classement, souvent dénommé « reclassement ») et de leur assimilation ou non à ceux accomplis par un agent non titulaire.

1. Un mot rapide des faits de l'espèce, qui permettent, malgré le caractère singulier de la carrière de l'intéressé, de comprendre dans quelle hypothèse la question est apparue.

M. C..., professeur agrégé de mathématiques de l'enseignement secondaire depuis 1985, a été licencié pour insuffisance professionnelle en 2010.

Trois ans après, en 2013, et ayant été entre-temps agent contractuel, il a été admis à la session du concours externe de recrutement des professeurs de mathématiques certifiés avant d'être de nouveau licencié à l'issue de son stage probatoire.

Une nouvelle fois admis dans la même discipline au concours externe de recrutement des professeurs agrégés lors de la session ouverte au titre de l'année 2014, il a présenté sa démission à l'issue de son stage en novembre 2015.

M. C... a été admis une nouvelle fois au concours externe des professeurs agrégés lors de la session de 2015 et nommé, par un arrêté du 1^{er} octobre 2015, dans le corps des professeurs agrégés de l'enseignement du second degré, en qualité de fonctionnaire stagiaire.

Par un arrêté du 8 février 2016, le ministre de l'éducation nationale l'a classé, à compter du 1^{er} septembre 2015, au 3^{ème} échelon de la classe normale de ce corps. Le recours gracieux formé par M. C... contre cet arrêté a fait l'objet d'une décision de rejet implicite.

M. C... a demandé au tribunal administratif de Nancy d'annuler l'arrêté du 8 février 2016 ainsi que la décision implicite de rejet de son recours gracieux. Le tribunal administratif a fait droit à sa demande et a enjoint au ministre de réexaminer sa situation dans un délai de trois mois. La cour administrative d'appel de Nancy a rejeté l'appel formé par le ministre contre ce

jugement. Elle a estimé que les années accomplies par M. C... en qualité d'agent contractuel de droit public mais aussi en tant que professeur certifié stagiaire et professeur agrégé stagiaire devaient être prises en compte dans le calcul d'ancienneté d'échelon de l'intéressé.

2. La situation des fonctionnaires stagiaires dans la fonction publique de l'Etat est régie par un décret spécifique, le décret n° 94-874 du 7 octobre 1994, qui a succédé à un premier décret qui, dès 1949¹, régissait la situation des fonctionnaires stagiaires.

Les professeurs agrégés de l'enseignement du second degré relèvent quant à eux du décret n° 72-580 du 4 juillet 1972 relatif à leur statut particulier. Celui-ci prévoit, en son article 6, que les candidats admis au concours externe sont nommés professeurs stagiaires et classés dès leur nomination selon les dispositions du décret n° 51-1423 du 5 décembre 1951².

L'article 11-5 de ce décret de 1951 prévoit la prise en compte, sous certaines conditions, de services, limitativement énumérés, accomplis en qualité d'« agent public non titulaire » à compter de la date de nomination de l'intéressé. Que ce soit dans sa version initiale ou dans sa version modifiée par le décret n° 2014-1006 du 4 septembre 2014, l'objet de la disposition est de régir les conditions de reprise d'ancienneté des candidats qui, après une première vie administrative, rejoignent l'éducation nationale.

Vous avez d'ailleurs validé la prise en compte des services effectifs d'enseignement dans différentes décisions - sans que soit posée la question du stage - s'agissant d'années passées dans l'enseignement privé (19 mars 2008, M..., n° 295040, aux Tables sur un autre point), ou de services accomplis par des enseignants vacataires (6 mars 2009, Quayle, n° 303749).

3. La mention d'agent non titulaire figurant à cet article doit-elle être entendue comme incluant les fonctionnaires stagiaires ?

La cour a répondu positivement à cette question. Le ministre de l'éducation nationale, dans son pourvoi, oppose que les règles édictées par le décret de 1951 ne le permettent pas et il met en avant deux arguments principaux.

Il souligne d'abord que cet article 11-5 prévoit que les services accomplis dans des corps classés dans la catégorie A sont retenus à moitié de leur durée jusqu'à 12 ans et à raison des trois quarts au-delà de 12 ans. Et s'agissant de la catégorie B, ils ne sont repris, pour le calcul de l'ancienneté d'échelon, qu'après 7 ans. Le ministre en déduit qu'il va de soi qu'aucun stagiaire n'a vocation à effectuer un tel nombre d'années de stage. Toutefois, ce premier argument ne nous convainc pas, au moins pour la catégorie A, pour laquelle une durée inférieure à 12 ans n'est pas exclue par le texte. L'aspect quantitatif n'est pas déterminant : les stagiaires pourraient être inclus dans le champ matériel de ces dispositions, quand bien même

¹ Décret n° 49-1239 du 13 septembre 1949 portant règlement d'administration publique et fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires stagiaires

² Décret n° 51-1423 du 5 décembre 1951 portant règlement d'administration publique pour la fixation des règles suivant lesquelles doit être déterminée l'ancienneté du personnel nommé dans l'un des corps de fonctionnaires de l'enseignement relevant du ministère de l'éducation nationale.

leur durée faible de services conduirait en réalité à une prise en compte pour l'ancienneté nulle ou très légère.

Le second argument du ministre pointe, en revanche, une difficulté certaine. L'article 5 du décret de 1994 relatif aux fonctionnaires stagiaires prévoit que lorsqu'un agent n'est titularisé qu'à l'issue d'une deuxième année de stage, la prorogation de son stage n'est pas prise en compte pour le calcul de son ancienneté à l'occasion de son classement définitif lors de sa titularisation. Comment justifier qu'un enseignant stagiaire dont les années de stage n'ont pas donné lieu à titularisation voit ses périodes de stage prises en compte pour son classement, alors que l'enseignant stagiaire qui lui a bien été titularisé à l'issue de deux années de stage ne bénéficie que de la prise en compte d'une seule année de stage ? Sans dicter la solution, est ainsi pointée une incohérence potentielle de la solution retenue par l'arrêt.

Le ministère de la fonction publique, sollicité par votre 7^{ème} chambre pour produire ses observations, estime également que les services accomplis en qualité de fonctionnaire stagiaire ne peuvent être assimilés à ceux accomplis par des agents non titulaires.

4. Si nous ne partageons pas l'interprétation des textes résultant de l'arrêt attaqué, c'est parce que nous sommes convaincue que l'assimilation à laquelle elle procède entre agent non titulaire et fonctionnaire stagiaire est erronée.

Certes, deux arguments pourraient vous conduire à emprunter cette voie.

D'une part, il peut sembler équitable, en opportunité – mais nous y reviendrons – que des services effectivement accomplis soient pris en compte pour le calcul de l'ancienneté, quels qu'ils soient.

D'autre part, un agent non titulaire est, comme l'aurait dit M. de La Palice, un agent qui n'est pas titulaire. Or un stagiaire n'est pas titulaire. Cette lecture du décret de 1951 pourrait ainsi aller dans le sens de l'arrêt.

Pourtant, quatre séries d'arguments militent, selon nous, en sens contraire.

Il faut préciser, au préalable, que nous n'abordons pas ici le cas - entre guillemets - « classique » du fonctionnaire nommé dans un corps et titularisé à l'issue de la période de stage. Même si la diversité des textes applicables rend la définition de règles générales ardue, un fonctionnaire est en général nommé dans le corps dans lequel il a vocation à être titularisé. Il relève, dans ce corps, de l'échelon de stagiaire, puis au terme de la durée normale de stage, accède à l'échelon suivant. C'est notamment ce que prévoit l'article 2 du décret n° 2006-1827 du 23 décembre 2006 relatif aux règles du classement d'échelon consécutif à la nomination dans certains corps de catégorie A de la fonction publique d'Etat. S'il a eu une vie administrative antérieure, par exemple comme fonctionnaire dans un corps de catégorie B avant de passer un concours de catégorie A, la prise en compte de l'ancienneté acquise dans un autre corps dépend de règles fixées par les textes.

La question qui vous est ici posée est celle de la prise en compte d'années de stage qui n'ont pas été suivies d'une titularisation dans le même corps, mais après lesquelles l'agent a poursuivi, d'une façon ou d'une autre, comme en l'espèce, sa carrière administrative et en demande la prise en compte ultérieurement.

Ceci étant précisé, nous relevons, en premier lieu, que les textes applicables en droit commun statutaire excluent la prise en compte des services effectués antérieurement comme stagiaire.

La reprise des services effectués antérieurement à la nomination dans un corps de fonctionnaires de catégorie A est effectuée sur le fondement des dispositions de l'article 7 du décret n° 2006-1827 du 23 décembre 2006 relatif aux règles du classement d'échelon consécutif à la nomination dans certains corps de catégorie A de la fonction publique de l'Etat. Elles excluent expressément la prise en compte des services effectués en qualité de stagiaire lors du classement dans les corps mentionnés en annexe de ce décret³.

L'article 1^{er} du décret de 2006 précise que ses dispositions s'appliquent aux personnes nommées dans les corps figurant en annexe, sans préjudice de l'application de dispositions plus favorables instituées par les statuts particuliers de ces corps. Les corps enseignants relevant du ministère de l'éducation nationale ne figurent pas dans cette annexe, les modalités de leur classement relevant exclusivement du décret de 1951.

Toutefois, en cas de doute sur l'interprétation à donner sur les dispositions du décret de 1951, nous ne vous invitons pas à dégager une solution différente de celle applicable aux autres agents de catégorie A de la fonction publique d'Etat. Et ce d'autant moins que ces dispositions s'appliquant sous réserve de dispositions plus favorables propres aux corps cités en annexe, une telle interprétation pourrait vider de sa portée l'article 1^{er} du décret de 2006.

En deuxième lieu, la notion d'agents « non titulaires » correspond à une acception particulière dans les textes : bien qu'elle ne se résume pas totalement à eux, elle correspond essentiellement aux agents contractuels, sans inclure les stagiaires.

La catégorie des agents non titulaires ne se limite pas, il est vrai, à celle des agents contractuels. Sont aussi concernés les agents nommés sur des emplois à la discrétion du gouvernement, ainsi que les ouvriers de l'Etat (vous avez ainsi jugé que les ouvriers de l'Etat n'étaient pas des fonctionnaires, mais avaient la qualité d'agents non titulaires : 22 février 2008, G..., n° 278476).

Mais hormis ces cas, les notions d'agents non-titulaires et d'agents contractuels se recoupent tout de même très largement, comme en témoigne d'ailleurs le changement de dénomination

³ « Les agents qui justifient de services d'ancien fonctionnaire civil, de services en tant qu'agent d'une organisation internationale intergouvernementale ou de services d'agent public non titulaire, autres que des services accomplis en qualité d'élève ou de stagiaire, sont classés à un échelon déterminé en prenant en compte une fraction de leur ancienneté de services publics civils dans les conditions suivantes (...) »

du décret du 17 janvier 1986, initialement relatif aux « agents non titulaires de l'Etat » et devenu relatif aux « agents contractuels de l'Etat » à la suite du décret du 21 mars 2014.

L'article 1^{er} de ce décret retient une définition de ces agents, en renvoyant aux articles 3 à 6 et 82 de la loi du 11 janvier 1984, c'est-à-dire à la notion de recrutement d'agents liés à l'Etat par un contrat. Les agents non titulaires sont ainsi, au sens de ce texte, des « non fonctionnaires ». L'article 3 de la loi de 1984, qui établit la liste des agents non titulaires ne cite pas les stagiaires. S'agissant précisément de l'éducation nationale, son 6^o établit la liste des agents du ministère de l'éducation nationale devant être qualifiés d'agents non titulaires (assistants d'éducation, maîtres d'internat et surveillants d'externat), sans y inclure les fonctionnaires stagiaires.

D'autres textes particuliers nous semblent également aller en ce sens, même si nous convenons que l'on peut en retirer deux interprétations. Ainsi, le décret n° 2007-961 du 15 mai 2007 fixant les dispositions statutaires communes applicables à certains corps de fonctionnaires de catégorie A de la fonction publique hospitalière prévoit, pour le reclassement, la prise en compte des « services accomplis en tant qu'agent public non titulaire autres que les services de stagiaire ». Il est possible de le lire comme signifiant qu'à défaut de cette mention, les stagiaires auraient été inclus, mais nous pensons plutôt qu'il s'agit d'une explicitation de la notion d'agent public non titulaire, visant à éviter toute ambiguïté.

Au-delà de la question du reclassement, différents textes particuliers traitent de façon séparée d'un côté les fonctionnaires titulaires et stagiaires, de l'autre les agents non titulaires. Citons par exemple le décret n° 2004-1063 du 1^{er} octobre 2004 relatif au temps partiel dans la fonction publique hospitalière, dont le titre I est relatif aux « agents titulaires et stagiaires » et le titre II aux « agents non titulaires ».

Nous y voyons une série d'indices dans le sens d'une non inclusion – hors texte le prévoyant expressément - des stagiaires parmi les agents non titulaires.

En troisième lieu, votre jurisprudence n'apporte pas une réponse directe et certaine à la question qui vous est posée aujourd'hui, s'agissant précisément des services effectués par des stagiaires, mais elle nous semble plutôt aller dans le sens de la distinction.

Vous avez, dans un cas, assimilé des fonctionnaires stagiaires à des agents non titulaires, mais par cette décision assez ancienne et isolée, il s'agissait en réalité de répondre à la question très particulière de la qualification ou non d'agent titulaire pour déterminer la possibilité pour le maire de supprimer des emplois sans délibération du conseil municipal (4 juin 1991, X..., n° 71588)⁴. Vous n'en avez pas fait une règle générale et la solution retenue est directement liée à l'objet de la norme.

⁴ Vous avez aussi estimé qu'un stagiaire au sens de l'article R. 412-12 du code des communes était un agent non titulaire, pour l'application des dispositions des ordonnances n° 67-58 et 67-581 du 13 juillet 1967 (3 octobre 1986, L..., n° 58297).

A l'inverse, vous avez retenu qu'un professeur de lycée professionnel stagiaire n'avait pas le droit de se présenter au concours du certificat d'aptitude au professorat de l'enseignement technique réservé aux agents non titulaires (21 novembre 2003, Pause, n° 223357. Mais là aussi, on pourrait nous objecter à juste titre que la solution n'est pas topique, car elle était directement liée à l'objet de la disposition.

Dans un cas de figure plus proche de celui qui nous intéresse, vous avez déjà retenu que des années de stage n'étaient pas prises en compte pour le décompte de l'ancienneté d'un fonctionnaire changeant de corps (5 avril 2006, Z..., n° 235866). Cette décision s'appuie sur les textes propres au corps concerné, sans fixer une règle générale, mais l'interprétation retenue va tout de même dans le sens d'une différenciation des stagiaires.

Surtout, une règle plus générale résulte clairement de votre jurisprudence : vous avez refusé de reconnaître l'existence d'un principe général du droit relatif à la reprise d'ancienneté de services accomplis dans des emplois publics antérieurement occupés (1^{er} février 1995, Mme R..., n° 100643, aux Tables sur ce point), et vous avez précisé que cette approche valait y compris s'agissant des périodes de stage (23 avril 1997, Fédération syndicaliste FO de la police nationale, n° 170812). Vous n'êtes donc pas tenus de dégager une solution conduisant à une telle prise en compte pour les stagiaires, si un texte ne l'impose pas expressément.

En quatrième et dernier lieu, ce qui nous détermine fondamentalement dans le sens de la distinction entre stagiaires et agents non titulaires, c'est la différence de situation qui les caractérise, principalement du fait du mode de recrutement, combiné avec la perspective ou non d'intégration pérenne dans la fonction publique. Certes, la différence entre recrutement par concours ou par contrat est parfois remise en cause par des mécanismes bien connus de CDIisation ou de titularisation d'agents contractuels existents, mais le mode de recrutement initial et son cadre juridique restent différents.

Un agent non titulaire n'est pas un fonctionnaire, alors qu'un fonctionnaire stagiaire doit être considéré avant tout comme un fonctionnaire titulaire en devenir : il a vocation à devenir titulaire, sauf si le stage, à caractère probatoire, n'est pas concluant. Il a ainsi une perspective qui, si elle est atteinte lui confère des droits attachés au statut, que n'ont pas les agents non titulaires.

En revanche, s'il n'est pas titularisé, parce que son stage n'a pas été concluant ou parce qu'il y a lui-même mis fin, il ne bénéficie logiquement pas des garanties dont bénéficient les agents contractuels, qui n'ont quant à eux pas été soumis à ce processus probatoire.

Vous avez déjà tenu compte de la spécificité de cette situation probatoire en jugeant que les fonctionnaires stagiaires n'étaient pas couverts par le principe général du droit à reclassement en cas de d'inaptitude physique (17 février 2016, Ministre de l'intérieur c/ M. B..., n° 381429, inédite au Recueil) ou en cas de suppression d'emploi (5 octobre 2016, Communauté d'agglomération du Douaisis, n° 386802, aux Tables sur ce point), eu égard à leur « situation probatoire et provisoire ».

Au-delà du mode de recrutement, les différences entre fonctionnaires stagiaires et agents non titulaires sont nombreuses, en termes notamment d'obligations de services, de représentation du personnel, ou encore de régime de retraite. S'agissant aussi de la fin des fonctions, le fonctionnaire stagiaire est dans une situation bien spécifique, comme l'illustre votre jurisprudence relative à l'absence d'obligation de lui communiquer son dossier s'il est mis fin à ses fonctions (Section, 3 décembre 2003, Mme Y..., n° 236485). Ainsi que le souligne le Président Guyomar dans ses conclusions sur cette décision, « avoir vocation ne signifie pas avoir droit » et « la précarité du stage est la conséquence directe de la finalité du stage qui est aussi bien une période d'initiation qu'un temps d'épreuve ».

Faut-il, malgré cette spécificité, estimer que les stagiaires devraient avoir, par souci d'équité, un droit à la prise en compte des services effectués pour un reclassement ultérieur ? Nous ne le pensons pas, pour deux raisons principales.

La première est que la différence de situation qui les caractérise se retrouve précisément aussi dans les obligations de service, qui ne sont pas identiques, et ce d'autant moins dans la sphère de l'éducation nationale. S'agissant des professeurs agrégés du second degré, l'article 6 du décret du 4 juillet 1972 prévoit qu'ils alternent, pendant leur stage "des périodes de mise en situation professionnelle dans un établissement scolaire et des périodes de formation au sein de l'établissement d'enseignement supérieur". C'est ainsi assez différent d'une année de service.

L'article 2 de l'arrêté du 22 août 2014 précise que les stagiaires sont dispensés des obligations de service durant les périodes de formation, mais "soumis aux obligations de service prévues pour les membres du corps des professeurs agrégés du second degré" pour le reste du temps. Cette alternance entre dispense totale de service du fait des périodes de formation et application pleine de ces obligations pour les périodes de mise en situation témoignent bien de la différence avec la situation de l'enseignant titulaire comme de l'enseignant non-titulaire qui exerce un service complet.

La seconde raison est qu'une comparaison en équité quant aux services effectivement accomplis présente, en tout état de cause, des limites, s'agissant de leur prise en compte pour l'ancienneté. Ainsi que le souligne le Président Boulouis dans ses conclusions sur la décision Z... précitée, « il ne s'agit que d'un calcul destiné à déterminer un classement dans un échelon, calcul qui manie plus de la fiction que de la réalité, faisant disparaître des années et en réduisant d'autres ».

Au total, il existe en réalité trois grandes catégories - les fonctionnaires titulaires, les fonctionnaires stagiaires et les agents non-titulaires - mais les deux premières sont intimement liées. Les stagiaires sont des fonctionnaires, certes en devenir, alors que les agents non-titulaires ne le sont pas.

Ajoutons enfin que le cas qui vous est soumis aujourd'hui ne se rencontre pas si fréquemment, car la situation la plus courante est tout de même celle de la titularisation faisant suite au stage, partant, sans difficulté sur les modalités de reclassement, intégrant la

période probatoire sauf si elle donne lieu à prolongation. Il s'agit ici essentiellement de l'hypothèse d'une démission lors de l'année de stage ou du refus de titularisation, ensuite suivies d'autres expériences dans la fonction publique.

Ces circonstances peuvent conduire à ce que le temps de service correspondant ne soit pas pris en compte pour le reclassement, sans aller à l'encontre ni d'un principe général du droit, ni du principe d'égalité – eu égard à la différence de situation - ni même d'une difficulté en équité.

En conséquence, dégager une solution assimilant stagiaire et non-titulaire - pour cette situation finalement assez spécifique et qui à notre sens ne le justifie pas - présente à nos yeux surtout le risque d'effets de bord non maîtrisés. Il peut exister des cas dans lesquels l'assimilation à laquelle vous procéderiez pourrait avoir des conséquences ni anticipées, ni souhaitables.

A notre sens, pour que les fonctionnaires stagiaires bénéficient, y compris dans ces cas, de reprises d'ancienneté plus favorables, il faudrait, si tel était l'objectif recherché, qu'un texte le prévoit expressément. A défaut, nous pensons que vous ne pouvez ni ne devez imposer une telle règle à l'administration sur le fondement d'une lecture trop constructive du décret de 1951.

Par ces motifs, nous concluons :

- A l'annulation de l'arrêt attaqué
- Au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Nancy.