

N° 426811
M. Frédéric C...

N° 437585
M. Frédéric C...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 8 mars 2021
Décision du 22 mars 2021

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Cette année encore, vous êtes saisis par M. C..., professeur d'éducation physique et sportive au collège Aimé Césaire des Ulis (Essonne), d'un contentieux dirigé contre la circulaire annuelle du ministre de l'éducation nationale relative à la mobilité des personnels enseignants du second degré. Mais le cadre juridique renouvelé dans lequel s'inscrivent les deux requêtes qui viennent d'être appelées pose des questions inédites qui renouvellent un exercice devenu habituel au risque d'être lassant, au point de faire douter de leur issue, fatalement l'annulation jusqu'alors.

La réforme du système de points de bonification pour les enseignants en zone d'éducation prioritaire décidée en vue de la rentrée 2005 a réduit le nombre de « points » permettant à M. C... d'obtenir une mutation et celui-ci attaque depuis avec une constance remarquable les notes de service publiées chaque année. Depuis une première décision *Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur et autres* du 25 janvier 2006 (n° 275857, 275858 et 26741, aux Tables), par sept décisions successives¹, vous avez fait droit aux requêtes de M. C... et annulé toutes les circulaires en vue des rentrées 2008 à 2017. Les circulaires avaient illégalement ajouté aux dispositions de l'article 60 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, qui fixe les règles applicables aux mutations des fonctionnaires de l'Etat, en fixant pour le classement des demandes de mutation des règles assorties d'un barème et en établissant à cette fin des priorités non prévues par cet article.

Les affaires inscrites au rôle de la séance d'aujourd'hui se présentent cependant sous un jour partiellement nouveau, marqué par de louables efforts pour mettre enfin un terme à l'illégalité entachant les circulaires précédentes, efforts qui restent encore à poursuivre, à nos

¹ 4 SS, 13 octobre 2008, C..., n° 312088 ; 4 SS, 16 décembre 2009, C..., n° 323944 ; 4 SS, 7 mars 2012, C..., n°s 335130, 345018 ; 4 SS, 8 septembre 2014, C..., n°s 355073, 365050 ; 4/5 SSR, 22 juillet 2015, C..., n°s 374434, 387086 ; 4 SS, 29 mai 2017, C..., n° 396115 ; 4/5 CHR, 16 octobre 2017, C..., n° 406723.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

yeux, afin d'aboutir à une circulaire annuelle parfaitement conforme au cadre législatif et réglementaire en vigueur.

Ce cadre juridique a été d'abord amendé par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, laquelle a apporté des modifications aux articles 10 et 60 de la loi du 11 janvier 1984.

Dans sa version antérieure à sa récente modification par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et n'est pas applicable aux présents litiges, le 4^{ème} alinéa de l'article 60 disposait que « *dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, les affectations prononcées doivent tenir compte des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille* » et fixait une liste de priorités qui s'imposent à l'administration dans l'examen des demandes de mutation. En bénéficient les fonctionnaires séparés pour raisons professionnelles de leur conjoint ou du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité, les fonctionnaires handicapés, les fonctionnaires exerçant dans les quartiers urbains où se posent des problèmes sociaux ou de sécurité particulièrement difficiles, et depuis un ajout opéré par la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer, les fonctionnaires qui justifient du centre de leurs intérêts matériels et moraux dans une des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution ainsi qu'en Nouvelle-Calédonie.

Vous jugiez que les demandes de mutation présentées par les agents publics doivent faire l'objet d'un examen individuel et que les dispositions de l'article 60 sont limitatives, les ministres ne pouvant légalement instituer d'autres priorités ou retenir d'autres critères que ceux qu'il fixe ; la jurisprudence était ancienne et constante en ce sens (outre les décisions déjà évoquées, mentionnons : 5/3 SSR, 6 février 1998, *R... et X...*, n° 139095 et 8/3 SSR, 19 juin 2006, *G...*, n° 277262).

A la suite des nombreux succès contentieux de M. C... et de l'appel du pied que vous lui aviez lancé en ce sens dans votre décision C... du 22 juillet 2015 (n°s 374434, 387086), le législateur est intervenu afin de donner un fondement légal à des pratiques anciennes régulièrement censurées par le juge et d'introduire davantage de souplesse dans la gestion des mutations. Profitant de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, il a modifié l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984. Cet article tel que modifié alors prévoyant désormais, à son dernier alinéa, que « *l'autorité compétente peut procéder à un classement préalable des demandes de mutation à l'aide d'un barème rendu public. Le recours à un tel barème constitue une mesure préparatoire et ne se substitue pas à l'examen de la situation individuelle des agents* ». Il prévoyait également que si le classement fondé sur un barème doit respecter les priorités mentionnées au 4^{ème} alinéa, « *l'autorité compétente peut édicter des lignes directrices par lesquelles elle définit, sans renoncer à son pouvoir d'appréciation, des critères supplémentaires établis à titre subsidiaire, (...), dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat* ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Dans votre dernière décision C... du 4 octobre 2019 rendue à propos de la légalité de la note de service du 6 novembre 2017 organisant le mouvement annuel des enseignants du second degré pour la rentrée 2018 (4/1 CHR, n° 416648, aux Tables), vous avez jugé que les critères supplémentaires que l'autorité administrative est habilitée à établir à titre subsidiaire en application de ces dispositions, en vue du classement préalable des demandes de mutation, ont pour objet de permettre le départage de demandes ayant obtenu un classement identique par application d'une ou plusieurs priorités de mutation fixées par le quatrième alinéa de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984, ainsi que le classement des demandes émanant d'agents ne pouvant se prévaloir d'aucune de ces priorités. Vous avez précisé que dans ce dernier cas, en raison du caractère subsidiaire de ces critères supplémentaires, l'autorité administrative ne saurait légalement prévoir un système de cumul des points ayant pour effet que les demandes de ces agents précèdent, dans le classement établi en vue de l'examen des demandes de mutation, celles des agents relevant d'au moins une des priorités définies au quatrième alinéa de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984. Vous avez constaté que la note de service fixant un barème à appliquer pour le classement des demandes de mutation formulées par les enseignants du second degré pour la rentrée 2018 et établissant, à cette fin, des règles de priorité pour l'examen de ces demandes, prescrivait l'établissement d'un classement unique, comportant à la fois les demandes formulées par les agents pouvant se prévaloir des priorités définies au quatrième alinéa de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 et celles des autres agents, et que le nombre de points attribué au titre de certains critères supplémentaires était supérieur au nombre de points attribué au titre de certaines des priorités définies au quatrième alinéa de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984. Il en résultait que le barème établi par cette note était susceptible, dans certaines situations, de conduire à ce que la candidature à la mutation d'un agent ne pouvant se prévaloir d'aucune des priorités mentionnées au quatrième alinéa de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 précède dans le classement celle d'un candidat bénéficiant d'au moins l'une de ces priorités. Vous en avez déduit que les critères supplémentaires définis par le ministre dans la note de service attaquée ne revêtaient pas tous un caractère subsidiaire et méconnaissaient, par suite, les dispositions de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984.

Dans sa requête dirigée contre la note de service du 7 novembre 2018 régissant le mouvement pour la rentrée 2019, très similaire aux précédentes et à l'évidence recevable au regard de votre jurisprudence de Section *GISTI* du 12 juin 2020 (n° 418142, au Recueil), M. C... se borne à soutenir qu'elle ajoute aux priorités légales plusieurs autres critères, notamment l'ancienneté de service, l'ancienneté dans le poste, l'exercice de fonctions de remplacement et la qualité de sportif de haut niveau, sans conférer à ceux-ci un caractère subsidiaire par rapport aux priorités légales et encourt par suite la censure.

Cette note de service s'inscrit cependant dans un cadre juridique encore modifié dès lors qu'elle est la première intervenant après l'édiction du décret n° 2018-303 du 25 avril 2018². Ce décret a été pris au visa des articles 10 et 60 de la loi du 11 janvier 1984. L'article

² Décret n° 2018-303 du 25 avril 2018 relatif aux priorités d'affectation des membres de certains corps

10 de la loi de 1984 prévoit qu'en ce qui concerne notamment les membres des corps enseignants, les statuts particuliers peuvent déroger à certaines des dispositions du statut général qui ne correspondraient pas aux besoins propres de ces corps ou aux missions que leurs membres sont destinés à assurer. La loi du 20 avril 2016 l'a complété en introduisant à son troisième alinéa la possibilité pour les statuts particuliers des corps enseignants, pour répondre aux besoins propres à l'organisation de leur gestion, d'ajouter ajoutent aux priorités mentionnées au quatrième alinéa de l'article 60 « *des priorités liées notamment à la situation personnelle des fonctionnaires justifiant du centre de leurs intérêts matériels et moraux dans une des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution ainsi qu'en Nouvelle-Calédonie* ». S'appuyant sur le « notamment » de cette disposition, le décret du 25 avril 2018 a complété chacun des statuts particuliers des corps enseignants en prévoyant que pour prononcer les affectations, il est tenu compte, dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, des priorités prévues par l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 « *et, en outre* », de cinq autres critères de priorité : la situation de l'agent qui sollicite un rapprochement avec le détenteur de l'autorité parentale conjointe dans l'intérêt de l'enfant, celle de l'agent affecté dans un territoire ou une zone rencontrant des difficultés particulières de recrutement, celle de l'agent affecté dans un emploi supprimé en raison d'une modification de la carte scolaire, le caractère répété d'une même demande de mutation ainsi que son ancienneté et enfin l'expérience et le parcours professionnel de l'agent. Ce décret a également inscrit dans les statuts particuliers l'obligation de classer préalablement les demandes de mutation à l'aide d'un barème rendu public, ce qui était une pratique observée de longue date.

Le ministre de l'éducation soutient en défense que les critères de priorité définis par le décret du 25 avril 2018 peuvent être pris en compte au même niveau que les critères légaux de priorité définis par l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 et n'ont donc pas à être subsidiaires.

Il nous semble qu'il a raison sur ce point. Il est vrai que l'articulation entre les priorités supplémentaires prévues par l'article 10 de la loi du 11 janvier 1984 et le décret du 25 avril 2018 pris pour son application, d'une part, dont rien n'indique qu'ils doivent être subsidiaires, et les critères supplémentaires que l'autorité compétente peut définir à titre subsidiaire dans des lignes directrices sur le fondement du dernier alinéa de l'article 60 de la loi, d'autre part, ne coule pas de source. Nous comprenons cependant que pour les corps visés à l'article 10 de la loi du 11 janvier 1984, outre les critères ajoutés sur le fondement de l'article du décret du 25 avril 2018, qui ne sont pas subsidiaires, le ministre de l'éducation peut toujours ajouter d'autres critères sur le fondement de l'article 60 de la loi à la condition qu'ils restent subsidiaires. C'est donc en vain que M. C... soulève en réplique, dans l'hypothèse où le décret du 25 avril 2018 serait interprété comme définissant des critères de priorité de même niveau que ceux définis au quatrième alinéa de l'article 60 de la loi de 1984, une exception d'illégalité du décret tirée de la méconnaissance par ce décret du dernier alinéa

mentionnés à l'article 10 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984. La critique que le requérant adresse en outre à la trop grande généralité du critère relatif à l'expérience et au parcours professionnel, qui peut s'apparenter à la dénonciation d'une erreur manifeste d'appréciation, ne peut davantage être retenue.

Au cas d'espèce, le ministre soutient en outre que les critères pointés par M. C... relèvent tous du critère relatif à l'expérience et au parcours professionnel de l'agent ajouté par le décret du 25 avril 2018. Cela ne fait guère de doute pour l'ancienneté de service et l'ancienneté dans le poste. C'est moins évident pour les bonifications que la note de service autorise les recteurs à définir, lors de la phase intra-académique du mouvement, pour favoriser la stabilisation sur poste fixe des titulaires sur zone de remplacement, bonifications visant à permettre aux agents concernés, à leur demande, d'obtenir grâce à un vœu bonifié, une affectation sur poste définitif en établissement. Ça l'est encore moins pour la qualité de sportif de haut niveau. Sont en effet visés les enseignants qui assurent un service tout en figurant sur la liste des sportifs de haut niveau (SHN) arrêtée par le ministre chargé des sports, c'est-à-dire des sportifs qui ne vivent pas de leur sport. La qualité de sportif de haut niveau est donc dans leur cas extra-professionnelle, leur activité professionnelle étant celle d'enseignant. Il est à nos yeux difficile dans ces conditions de rattacher ce critère à celui relatif à l'expérience et au parcours professionnel, à l'évidence conçu pour prendre en compte l'expérience professionnelle.

Dès lors qu'on considère que ces deux critères sont des critères supplémentaires à ceux fixés par le législateur et le pouvoir réglementaire, reste à vérifier leur caractère subsidiaire ou non. La bonification attachée à la qualité de sportif de haut niveau peut atteindre jusqu'à 200 points, ce qui permet à un agent concerné, en l'absence d'étanchéité entre les fonctionnaires bénéficiant de priorités légales et ceux disposant de points au titre des critères supplémentaires établis par le ministre, de bénéficier d'un nombre de points supérieur dans certains cas à celui obtenu par un fonctionnaire bénéficiant d'une priorité légale, par exemple une demande de mutation au titre du rapprochement de conjoint qui vaut 190 points après un an de séparation. Le caractère subsidiaire est moins facile à apprécier pour la bonification que les recteurs peuvent attribuer aux titulaires sur zone de remplacement (TZR) car la note de service ne fixe pas le montant de cette bonification et renvoie aux recteurs le soin de le faire. A supposer qu'on juge que cette bonification ne peut se rattacher au critère légal relatif à l'expérience et au parcours professionnel, on peut néanmoins faire une lecture de la note de service conforme à la hiérarchie des normes en jugeant qu'elle n'a entendu habiliter les recteurs à instituer une telle bonification qu'à condition qu'elle reste subsidiaire.

Au moins un autre critère, non pointé par M. C..., nous paraît d'une légalité douteuse. Se pose la question de savoir si vous devez vous en saisir d'office alors même que M. C... n'en dit mot. Sommes-nous là uniquement dans une violation de la loi, auquel cas vous ne devez statuer qu'au regard de l'argumentation de M. C..., ou la compétence du ministre pour édicter des critères non prévus par l'article 60 de la loi de 1984 et le décret du 25 avril 2018 et dénués de caractère subsidiaire est-elle en cause, un tel motif d'illégalité étant d'ordre public ?

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Il nous semble bien qu'en ajoutant des critères non prévus par le législateur et le pouvoir réglementaire et dénués de caractère subsidiaire, le ministre outrepassa sa compétence et qu'il vous incombe de vous saisir d'office de l'illégalité de tels critères, même non critiqués explicitement par M. C....

Il en va ainsi de la bonification attachée à la situation de parent isolé exerçant seul l'autorité parentale. Le décret du 25 avril 2018 ne prévoit que la prise en compte de la situation de l'agent qui sollicite un rapprochement avec le détenteur de l'autorité parentale conjointe dans l'intérêt de l'enfant. Cette bonification, pour légitime qu'elle soit, nous semble illégale dès lors qu'elle donne droit à 150 points, ce qui permet à un agent en bénéficiant de dépasser un agent bénéficiant d'une priorité légale, par exemple un fonctionnaire bénéficiant de la prise en compte de l'ancienneté de service ou dans le poste, à hauteur de moins de 150 points.

Signalons enfin qu'il n'est pas interdit de douter de la correspondance exacte entre la bonification accordée aux agents exerçant leurs fonctions dans un établissement relevant de l'éducation prioritaire (établissements classés REP et REP+ ou relevant de la politique de la ville) et la priorité légale prévue à l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 en faveur des fonctionnaires exerçant dans les quartiers urbains où se posent des problèmes sociaux ou de sécurité particulièrement difficiles. Nous pensons cependant possible d'admettre la légalité de cette bonification.

Si la plupart des critères de bonification mentionnés par la circulaire du 7 novembre 2018 sont conformes aux priorités définies par l'article 60 de la loi de 1984 et le décret du 25 avril 2018, ce qui constitue un très net progrès par rapport aux circulaires précédentes que vous avez annulées, il reste qu'à nos yeux deux critères édictés par ce document n'en relèvent pas. Dès lors, que le système adopté mélange l'ensemble des demandes, qu'elles soient prioritaires ou non, et attribue à la fois un nombre significatif de points à ces deux critères ne relevant pas des priorités légales et un nombre de points peu élevé à des critères relevant des priorités légales, le ministre ne pouvait pas compétemment édicter de tels critères non subsidiaires.

Quelle conclusion en tirer sur le sort à réserver à la requête de M. C... ?

Vous avez toujours jugé que les dispositions de la circulaire annuelle entachées d'illégalité n'étaient pas divisibles de ses autres dispositions. Vous pourriez certes être tentés de réexaminer cette position au regard du caractère relativement marginal des deux critères entachés d'illégalité, le nombre de fonctionnaires auxquels ils donnent droit à une bonification étant sans doute restreint. Mais dès lors que toutes les demandes sont examinées en même temps et que les points de bonification sont additionnés quelle que soit leur origine, nous ne voyons pas comment vous pourriez retenir une divisibilité des seuls critères illégaux, qui peuvent avoir pour effet de modifier l'affectation de tous les agents candidats à une mutation.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Le ministre en défense tente de vous convaincre de regarder néanmoins la requête de M. C... comme dirigée uniquement contre la note de service en tant qu'elle concerne les agents demandant une mutation et non l'affectation des fonctionnaires stagiaires nouvellement titularisés ou des fonctionnaires réintégrés en position d'activité dans le corps. Mais dès lors que les demandes de mutation et ces affectations sont bien traitées ensemble en comparant les points de bonification obtenus par les uns et les autres, qu'ils demandent une mutation ou reçoivent leur première affectation, il nous semble bien que vous devriez faire droit à la requête de M. C... en annulant la note litigieuse dans son intégralité. Précisons que si vous ne suiviez pas pour faire droit à la requête pour ce motif, vous pourriez la rejeter dès lors que les autres moyens qu'elle soulève, tirés de ce que la note de service serait entachée de rétroactivité illégale, procéderait au retrait d'une décision créatrice de droits et méconnaîtrait l'autorité absolue de la chose jugée ne nous paraissent pas fondés.

Nous serons bien plus rapide sur la seconde requête de M. C..., n° 437585, dirigée contre la note de service du 13 novembre 2019 régissant le mouvement des enseignants du second degré pour la rentrée 2020, qui pose des questions très similaires à celles posées par la requête que nous venons d'évoquer.

Le cadre juridique a certes encore évolué. La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a généralisé à l'ensemble de la fonction publique, à l'article 18 de la loi du 11 janvier 1984, l'édition par l'autorité compétente dans chaque administration de lignes directrices de gestion déterminant la stratégie pluriannuelle de pilotage des ressources humaines et fixant notamment les orientations générales en matière de mobilité, dans le respect des priorités énumérées à l'article 60 de la même loi et sans préjudice du pouvoir d'appréciation de cette autorité en fonction des situations individuelles, des circonstances ou d'un motif d'intérêt général. La loi du 6 août 2019 a aussi réécrit l'article 60 de la loi de 1984 sans néanmoins en changer foncièrement la substance. Cet article précise désormais à son IV que les décisions de mutation tiennent compte, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, des lignes directrices de gestion en matière de mobilité prévues à l'article 18 de la loi, lesquelles peuvent définir des critères supplémentaires établis à titre subsidiaire. Mais le décret auquel la loi renvoie n'a été pris que le 29 novembre 2019³, soit postérieurement à la publication de la note de service contestée, ce qui n'a pas empêché le ministre de l'éducation d'édicter pour la première fois des lignes directrices de gestion sans attendre la publication du décret – ces lignes directrices sont datées du même jour que la note de service attaquée par M. C.... Elles listent les mêmes critères donnant droit à bonification que la note de service mais renvoient à cette dernière le soin de fixer le montant des bonifications attachées à chacun des critères. Cette évolution du cadre juridique ne nous semble en tout état de cause pas avoir d'incidence sur l'analyse de la légalité de la note de service du 13 novembre 2019, que vous annulerez, si vous nous suivez, pour les mêmes raisons que celles déjà évoquées s'agissant de la celle du 7 novembre 2018.

³ Décret n° 2019-1265 du 29 novembre 2019 relatif aux lignes directrices de gestion et à l'évolution des attributions des commissions administratives paritaires.

PCMNC à l'annulation des deux notes de services attaquées et à ce que vous mettiez à la charge de l'Etat le versement à M. C... de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.