

N° 443879

Mme G...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 27 septembre 2021

Lecture du 11 octobre 2021

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

1. De façon quasi simultanée, il y a deux ans, en octobre 2019, vous avez pris deux décisions relatives aux conditions de prise en compte des services accomplis par un fonctionnaire dans des emplois de la catégorie active pour le calcul de ses droits à pension.

Ces emplois sont, comme vous le savez, ceux qui présentent « un risque particulier ou des fatigues exceptionnelles » comme le définit l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite. Ils permettent une liquidation anticipée de la retraite.

Avec la décision C... (séance du 25 septembre, décision du 9 octobre 2019, n° 416771, aux Tables, à nos conclusions), vous avez retenu, en substance - nous y reviendrons - que la non prise en compte de ces services du seul fait d'un changement par l'agent de fonction publique (de la fonction publique territoriale à fonction publique d'Etat) constituait une méconnaissance du principe d'égalité de traitement des agents publics.

Avec la décision B... (séance du 11 septembre, décision du 30 septembre 2019, n° 414329, aux Tables, conclusions Emilie Bokdam-Tognetti), vous avez jugé, dans le cas du détachement, que les avantages attachés au classement en catégorie active pouvaient être accordés à un agent en position de détachement sur un emploi de catégorie active si l'agent occupait de telles fonctions auparavant ou « avait vocation » à assumer des fonctions de même nature dans son cadre d'origine.

2. Dans le litige qui nous intéresse aujourd'hui, Mme Anne Guy exerçait des fonctions de contrôleur au sein du ministère des PTT. Elle a été reçue au concours d'institutrice et a été placée en détachement en tant qu'élève-institutrice, du 21 octobre 1985 au 20 octobre 1987. Elle a ensuite été titularisée le 21 octobre 1987. Puis, à compter du 1^{er} septembre 2003, elle a été nommée professeure des écoles.

Alors que le décompte de ses services, réalisé en 2017 lorsqu'elle a envisagé son départ à la retraite de façon anticipée, a tout d'abord inclus les deux années passées en qualité d'élève-institutrice dans la catégorie active, elle a ensuite été informée que cette période de détachement ne pouvait être considérée comme accomplie en catégorie active.

Mme G... a saisi le tribunal administratif de Nîmes, qui a rejeté sa requête et elle se pourvoit en cassation.

3. La question qui vous est posée est la suivante : un fonctionnaire dont l'emploi voire les emplois du corps d'origine relevait de la catégorie sédentaire (cas de l'emploi occupé au ministère des PTT) et commençant à effectuer des emplois de catégorie active en détachement avant d'être titularisé dans ce nouveau corps peut-il voir ses années effectuées pendant le détachement prises en compte au titre de la catégorie active ? Plus généralement, est-il possible, comme cela a été le cas en l'espèce, de ne pas tenir compte de services effectués en catégorie active au motif qu'ils ont été accomplis en position de détachement ?

Comme vous le savez, le détachement est, en application de l'article 45 de la loi du 11 janvier 1984 (portant dispositions statutaires relatives à la FPE) « *la position du fonctionnaire placé hors de son corps d'origine mais continuant à bénéficier, dans ce corps, de ses droits à l'avancement et à la retraite.* »

S'agissant de la pension, l'article 46 de cette loi prévoit que le fonctionnaire détaché ne peut pas, sauf dans quelques cas particuliers, être affilié au régime de retraite de la fonction de détachement ni acquérir à ce titre des droits quelconques à pensions ou allocations.

La position de détachement résulte, en l'espèce, de l'article 11 du décret du 14 mars 1986 alors en vigueur, relatif au recrutement et à la formation des instituteurs, aux termes duquel « *Les candidats reçus qui possèdent la qualité de fonctionnaire titulaire de l'Etat et des collectivités territoriales ou de militaire sont placés en position de détachement pendant la durée de leur scolarité* ».

Par ailleurs, l'article L. 73 du Code des pensions civiles et militaires de retraite (CPCMR) dispose, dans son deuxième alinéa que « Les avantages spéciaux attachés à l'accomplissement de services dans des emplois classés dans la catégorie active, définie à l'article L. 24 sont maintenus en faveur des fonctionnaires détachés dans un emploi classé dans cette catégorie pour exercer des fonctions de même nature que celles assumées dans le cadre d'origine (...) ».

L'administration comme le tribunal administratif se sont fondés sur une interprétation de cet article pour estimer que l'intéressé n'avait pas droit à la prise en compte des services actifs pourtant effectués.

4. Cette rédaction de l'article L. 73 est très proche de celle de l'article 55 du décret du 26 décembre 2003, applicable à la fonction publique territoriale (FPT), que vous avez interprété avec la décision B....

Vous y avez jugé que les avantages, en matière de droits à la retraite, attachés au classement d'un emploi en catégorie active étaient susceptibles d'être accordés au fonctionnaire qui occupe cet emploi en position de détachement « lorsque l'agent aurait vocation à assumer des fonctions de même nature dans son corps ou cadre d'emploi d'origine ».

Vous avez, en conséquence, annulé pour erreur de droit un jugement qui avait retenu que les dispositions de l'article 55 s'appliquaient aux seuls fonctionnaires détachés sur un emploi

classé en catégorie active et ayant occupé, avant leur détachement, un emploi bénéficiant du même classement sans rechercher si la requérante exerçait dans le cadre de son détachement des fonctions de même nature que celles qu'elle aurait eu vocation à assumer dans son cadre d'origine.

Dans ses conclusions, Emile Bokdam-Tognetti soulignait clairement qu'étaient en présence deux approches différentes de la portée des dispositions analysées : *« l'une, peut-être plus sensible à l'objet de la législation sur les services de la catégorie active, consistant à considérer que cet article ne saurait faire dépendre le bénéfice de cette législation de la nature sédentaire ou active des fonctions assumées dans le cadre d'origine, et l'autre, plus cohérente avec la position du fonctionnaire détaché continuant d'acquérir des droits à pension dans son corps ou cadre d'origine, selon laquelle cet article exclut le bénéfice de la catégorie active lorsque les fonctions de détachement ne sont pas de même nature que celles assumées dans le corps d'origine. »*

La décision B... peut être lue de deux façons :

- En un sens, elle a ouvert une fenêtre : en réponse au litige auquel elle correspondait, elle a retenu une position favorable à la prise en compte des années en catégorie active, puisqu'elle a imposé que le juge ne se contente pas seulement de regarder l'emploi effectivement occupé avant le détachement, mais aussi les fonctions susceptibles d'être exercées dans le cadre d'origine ;
- Dans un autre sens, elle a fermé une porte : elle laisse, a contrario, penser que les fonctions effectivement occupées ou susceptibles d'être occupées avant le détachement constituent une condition déterminante pour la prise en compte ou non des années accomplies pendant le détachement en catégorie active.

Nous ne méconnaissons pas la nécessité de ne pas revisiter trop tôt une jurisprudence, dans un souci de stabilité juridique, mais l'application de la décision B... à la configuration du présent litige témoigne, selon nous, de la nécessité de clarifier cette approche qui, bien que récente, pose des difficultés.

5. Tout d'abord, ce que vous avez retenu avec la décision C... nous semble devoir vous guider avant toute chose, à savoir l'objet de la norme.

L'objet du texte relatif à la prise en compte des années de catégories actives est de compenser la pénibilité. La rédaction de l'article L. 24 repose sur la notion d'« accomplissement » d'un certain nombre d'années de services dans des emplois classés en catégorie active, autrement dit sur une condition d'effectivité des services réalisés dans de tels emplois.

L'affaire C... vous conduisait à déterminer si le principe d'égalité s'opposait à ce qu'un traitement différent soit réservé, pour le droit à la retraite anticipée, aux fonctionnaires soumis à des fonctions identiquement pénibles, selon qu'ils étaient ou non restés au sein de la même fonction publique. Vous avez retenu une atteinte au principe d'égalité au regard de l'absence de lien entre la différence de traitement et l'objet de la norme.

En effet, si, dans le domaine de la fonction publique, le principe d'égalité de traitement ne peut, en principe, être invoqué que pour des agents appartenant à un même corps ou à un

même cadre d'emploi qui sont placés dans une situation identique (par exemple : 21 mai 2008, S... et autres, n° 293567, aux Tables), vous avez, comme vous le savez, un regard différent lorsque l'objet de la norme est déconnecté de l'appartenance à un corps. Vous avez fait application du principe d'égalité pour des normes régissant la situation des fonctionnaires qui, en raison de leur contenu, ne sont pas limitées à un même corps ou à un même cadre d'emplois.

Nous nous référons sur ce point à la décision de Section X... (28 mai 1999, n° 167498, au Recueil), à la décision bien connue Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police (9 février 2005, n° 229547, au Recueil), par laquelle vous avez estimé que des avantages versés en contrepartie de l'exercice des missions dans des quartiers urbains défavorisés, dits difficiles, devait s'appliquer à tous les fonctionnaires également concernés par cette circonstance, quel que soit leur corps, ainsi qu'aux décisions SNES (22 octobre 2010, n° 314825, aux Tables), SS... (8 juin 2011, n° 328631, au Recueil) et M... (8 juin 2011, M. M..., n° 324839).

Comme Damien Botteghi y avait invité dans ses conclusions sur cette dernière décision, nous vous avions, dans l'affaire C..., proposé de faire une application transversale du principe d'égalité.

De la même façon que vous avez ainsi permis la prise en compte de l'exercice effectif d'années en catégorie active alors même que l'agent avait changé de fonction publique, nous pensons que ce même prisme doit vous guider pour que des services de catégories actives identiquement réalisés effectivement par deux fonctionnaires, l'un en position d'activité, l'autre en position de détachement, soient également pris en compte pour les droits qui y sont attachés.

6. Nous aurions toutefois une difficulté à vous proposer cette solution si le législateur avait expressément écarté cette possibilité dans le cas particulier du détachement. Vous ne pourriez alors, sauf à ce qu'une question prioritaire de constitutionnalité soit soulevée, dresser le paravent du principe d'égalité.

Or, nous ne pensons pas que l'article L. 73 doive empêcher la prise en compte des services actifs pour un cas tel que celui de la requérante, pour au moins quatre raisons.

La première tient à la lettre de ce texte. Il évoque le maintien des avantages spéciaux attachés à l'accomplissement de services dans des emplois classés dans la catégorie active en faveur des fonctionnaires détachés dans un emploi classé dans cette catégorie pour exercer des fonctions de même nature que celles assumées dans le cadre d'origine.

Il se borne ainsi, selon nous, à régir la situation des fonctionnaires ayant acquis des avantages avant le détachement et précise les conditions dans lesquelles ces avantages sont maintenus. Il ne régit pas le cas de fonctionnaires qui n'avait pas déjà acquis de tels avantages.

Nous n'allons pas jusqu'à penser que ce texte ne régirait en réalité que le cas des fonctionnaires détachés hors d'Europe ou sur une fonction syndicale ou politique, qui sont évoqués dans la suite de l'article, car, ainsi que le montre Emile Bokdam-Tognetti dans ses

conclusions sur la décision B..., l'historique du texte montre que ces cas ont été ajoutés postérieurement.

Toutefois, nous relevons que cette disposition, à son origine, avec la loi du 30 décembre 1913 sur les pensions, abordait tout de même des situations très particulières, puisqu'elle entendait préciser que le bénéfice de services actifs (régis par la loi du 9 juin 1853¹) était réservé aux agents détachés « dans des administrations publiques françaises ou de pays de protectorat pour y exercer des fonctions de même nature », c'est-à-dire dans l'hypothèse de fonctions potentiellement très différentes de celles accomplies précédemment. Cette formule a été reprise, avec un ajout, réalisé en 1964, des termes « dans un emploi classé dans cette catégorie », sans que les travaux préparatoires ne soient éclairants.

L'historique du texte, avec cette spécificité de départ, ainsi que les dispositions encore très particulières au milieu desquelles la phrase qui nous intéresse est insérée², nous conduisent plutôt à ne pas lui donner une portée plus large que celle qui résulte de sa lecture stricte.

Mais l'article n'est pas pour autant dépourvu de sens : si un fonctionnaire était déjà en catégorie active, alors cet avantage est maintenu, seulement s'il continue à travailler en catégorie active (dit autrement, la condition d'effectivité des fonctions exercées en détachement prime sur la condition d'appartenance au corps d'origine). Il s'oppose à ce qu'un fonctionnaire détaché conserve le bénéfice lié à l'exercice de l'emploi dans la catégorie active qu'il occupait dans son corps d'origine lorsqu'il n'exerce pas un emploi relevant de cette catégorie durant son détachement³. Certes, cette précision pourrait ne pas être nécessaire si précisément on ne se soucie que de l'effectivité des fonctions exercées, mais avec toute la déférence que nous avons pour le législateur, il ne peut toutefois être exclu qu'une loi précise parfois ce qu'elle n'est pas tenue de dire et qui aurait pu susciter des doutes interprétatifs.

En revanche, s'agissant du fonctionnaire qui n'exerçait pas auparavant dans un emploi de catégorie active, le texte est muet.

Deuxièmement, l'esprit plus général des dispositions sur le détachement se veut protecteur pour le fonctionnaire concerné, comme en témoigne l'article 14 de la loi du 13 juillet 1983 évoquant le bénéfice des mêmes droits pour les fonctionnaires détachés que les membres du corps dans lequel ils sont détachés.

¹ Et avant elle une ordonnance du 12 janvier 1825 fixant les conditions d'admission à la retraite des fonctionnaires et employés du département des finances

² Deuxième alinéa de l'article L. 73 : « *Les avantages spéciaux attachés à l'accomplissement de services dans des emplois classés dans la catégorie active, définie à l'article L. 24, sont maintenus en faveur des fonctionnaires détachés dans un emploi classé dans cette catégorie pour exercer des fonctions de même nature que celles assumées dans le cadre d'origine ainsi qu'en faveur des fonctionnaires détachés pour exercer des fonctions de membre du Gouvernement, un mandat électif ou syndical, qui n'ont pas changé de catégorie durant leur position de détachement. Ces mêmes avantages sont maintenus en faveur des fonctionnaires détachés hors d'Europe, soit dans les administrations des territoires d'outre-mer, soit auprès d'un service français de coopération technique ou culturelle, soit auprès d'Etats étrangers ou d'organisations internationales.* »

³ Et il poursuit par d'autres cas spécifiques de maintien de ces avantages.

S'il est vrai que pour les droits à pension, le lien entre le fonctionnaire détaché et son corps d'origine demeure étroit, ainsi que le montre Emilie Bokdam-Tognetti dans ses conclusions précitées (caisse de rattachement, limite d'âge applicable, autorité compétente pour statuer sur un maintien en activité), il n'est pas maintenu en tous points, et notamment pas pour deux points majeurs, que sont le calcul de la retenue qui est effectué sur le traitement afférent à l'emploi de détachement, ainsi que la liquidation de la pension, réalisée sur la base du traitement de l'emploi de détachement si le fonctionnaire y est encore au moment de sa radiation des cadres.

Plus que de l'article L. 73, une difficulté aurait pu provenir, nous semble-t-il, de l'article 46 précité de la loi du 11 janvier 1984, évoquant l'impossibilité d'une affiliation au régime de détachement et de l'acquisition de droits « à ce titre ». Toutefois, le ministre ne se fonde aucunement sur ces dispositions, et votre décision B... ne s'est pas non plus appuyée sur son équivalent pour la fonction publique territoriale (l'article 65 de la loi du 26 janvier 1984).

La jurisprudence est peu fournie à son sujet, si ce n'est, à deux reprises (1994, H..., n° 135627, aux Tables et 29 juin 2001, Z..., n° 181743, aux Tables), s'agissant de l'interdiction de cumuler deux pensions et d'avoir une retraite complémentaire issue de l'exercice du détachement, ce qui nous paraît donc être la portée de l'article 46, même si le terme « droits quelconques » est ambigu.

Nous pensons donc que l'article 46 traite des questions d'affiliation et de non cumul de pensions, et qu'il n'interdit pas la prise en compte de services actifs, qu'il ne mentionne pas, et qui sont quant à eux régis par des dispositions plus précises, celles de l'article L. 24 d'une part, et L. 73 d'autre part.

Troisièmement, la décision B... nous semble, pour tout dire, difficilement applicable. Elle contraint les juges du fond à rechercher si un fonctionnaire avait « vocation à » exercer des emplois de catégories actives. Mais vocation au regard de quoi ? son parcours, son corps, son lieu d'exercice ?

D'ailleurs, le jugement rendu après cassation dans l'affaire B... témoigne de cette difficulté, le tribunal administratif utilisant de manière indistincte les notions de fonctions ou de missions...pour arriver, in fine, à une conclusion de prise en compte des services, qui aurait pu être atteinte plus directement.

A vrai dire, à défaut d'exclure l'application de l'article L. 73, peut-être aurait-il été préférable d'en rester alors à une lecture stricte du texte imposant un emploi antérieur de même nature, car l'introduction de la notion de « vocation », si elle a entendu permettre une approche plus souple ou plus généreuse que la lettre stricte du texte, nous paraît complexe et nous peinons à y voir une véritable cohérence avec l'objet de la législation : en quoi avoir appartenu à un corps dans lequel d'autres fonctions relèvent de la catégorie active alors même que l'agent ne les a pas exercées est-il un critère pertinent, y compris au regard de l'article L. 73 ?

La décision B... nous semble ainsi être à mi-chemin entre d'une part la logique du détachement (s'il fallait considérer que les articles 45 et 46 de la loi emportent de telles conséquences, ce que nous ne croyons pas pour les raisons déjà évoquées) et d'autre part la

logique de l'effectivité des services actifs effectués (avec une application pleine de l'article L. 24).

Quatrièmement, non seulement nous pensons que la non-prise en compte d'années effectivement accomplies en catégorie active pose une difficulté en termes de principe d'égalité, mais en opportunité, outre le fait qu'elle conduit à nier la prise en compte de services effectivement accomplis, une telle solution représente un frein au détachement qui ne paraît ni pertinent, ni en phase avec les évolutions plus générales de la fonction publique, même si cet argument n'est évidemment que confortatif. En outre, le détachement n'est pas nécessairement un choix mais une position inévitable, par exemple en cas de réussite à un concours pour les années effectuées comme élève.

7. Au total, si vous nous suivez pour estimer que l'article L. 73 ne vous impose pas une solution d'exclusion des années accomplies en détachement pour un fonctionnaire qui n'exerçait pas auparavant de services en catégorie active, nous identifions trois solutions possibles.

La première consiste à ne régler que le cas des fonctionnaires détachés venant de corps à emplois sédentaires, en nous appuyant sur le fait que pour eux, l'article L. 73 ne peut s'appliquer puisqu'ils ne peuvent être visés par le cas du « maintien » d'avantages.

Cette solution aurait toutefois pour effet paradoxal de laisser de côté des fonctionnaires relevant auparavant d'un corps comprenant aussi des emplois de catégories actives et supposerait alors d'être combinée avec la solution B... et sa recherche complexe de la « vocation à ».

C'est pourquoi nous privilégions une deuxième solution, consistant à retenir, de façon générale, que les services effectués en catégorie active doivent être pris en compte, y compris dans la position de détachement.

Si vous ne nous suiviez pas, la troisième solution, que nous suggérons à titre subsidiaire, consisterait alors, au moins, à tenir compte de la situation particulière qui est celle des agents détachés dans des fonctions d'élève ou de stagiaire avant une titularisation dans un corps de catégorie active. Il s'agirait de tenir compte non pas de l'amont (le corps préalable à la réussite au concours et au détachement), mais de l'aval (l'exercice futur d'un emploi de titulaire en catégorie active), dès lors que le détachement n'est pas suivi d'un retour dans le corps d'origine mais d'une intégration dans le nouveau corps.

Le paradoxe de l'application de la jurisprudence B... dans ce cas de figure est en effet qu'un agent qui rejoint la fonction publique au moment de la réussite à son concours et qui est directement intégré dans son corps bénéficiera de la prise en compte des deux années de services actifs, alors que l'agent qui était déjà fonctionnaire et est nécessairement détaché pendant sa période d'élève ou stagiaire n'en bénéficierait pas. Cette conséquence apparaît, pour tout dire, dépourvue de sens et elle pose problème au regard du principe d'égalité.

8. Il est temps d'appliquer notre proposition principale au cas de Mme G....

Elle nous conduit à estimer que le tribunal administratif a commis une erreur de droit en jugeant que le ministre de l'éducation nationale avait pu refuser de prendre en compte, au titre de la catégorie active pour le calcul des droits à pension, la durée des services effectués par Mme Guy durant la période précédant sa titularisation comme institutrice pendant laquelle elle était en détachement, en se fondant sur la circonstance que son emploi dans son corps d'origine ne relevait pas de la catégorie active et ne correspondait pas à des fonctions de même nature, alors même que les deux années effectuées en qualité d'élève institutrice comportait l'exercice effectif de ces fonctions.

Le règlement de l'affaire au fond s'en déduit aisément : la décision du ministre refusant cette prise en compte doit être annulée.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Nîmes
- à l'annulation de la décision du ministre de l'éducation nationale du 16 août 2018
- à ce qu'il soit enjoint au ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports de procéder à la révision de la pension de Mme G... en intégrant la période du 21 octobre 1985 au 20 octobre 1987 dans le calcul de la durée des services dans un emploi classé dans la catégorie active prévue à l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite
- à ce que l'Etat verse à Mme G... une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.