

N° 451287

Fédération SGEN CFDT

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 24 novembre 2021

Lecture du 10 décembre 2021

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

1. La nouvelle bonification indiciaire (NBI) qui, aux termes de l'article 27 de la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, constitue un complément de rémunération attribué aux fonctionnaires pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technicité particulières, **est-elle contraire au principe constitutionnel d'égalité ou au principe conventionnel de non-discrimination entre travailleurs à durée déterminée et à durée indéterminée ?**

Telles sont les questions que la présente affaire va vous donner à juger.

Elles vous sont posées dans le cadre du recours formé par la fédération Sgen-CFDT contre la décision implicite de rejet née du silence gardé par le Premier ministre sur sa demande tendant à l'abrogation de deux décrets fixant respectivement les conditions d'attribution de la NBI pour les personnels de l'éducation nationale (décret n° 91-1229 du 6 décembre 1991 instituant la nouvelle bonification indiciaire dans les services du ministère de l'éducation nationale) et pour les personnels de l'enseignement supérieur (décret n° 94-1067 du 8 décembre 1994 instituant la nouvelle bonification indiciaire dans les établissements relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur).

Le syndicat reproche à ces deux décrets d'exclure de leur champ les agents contractuels.

A l'appui de sa requête, il vous a régulièrement saisi, le 15 septembre dernier, d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité des dispositions de l'article 27 de la loi du 18 janvier 1991 avec le principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

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.

2. Commençons d'abord par examiner la QPC.

2.1. Celle-ci est recevable puisque les dispositions critiquées, qui constituent la base légale des décrets dont le refus d'abrogation est contesté par voie d'action, sont bien « applicables au litige » au sens du 1° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. D'autre part, même si le Conseil constitutionnel avait été saisi de la loi du 18 janvier 1991 dans le cadre de son contrôle *a priori*, ni la saisine des parlementaires ni sa décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991 ne faisaient référence aux dispositions de l'article 27 : le Conseil constitutionnel ne s'est donc jamais prononcé sur leur conformité à la Constitution.

Par ailleurs, la question n'est pas nouvelle au sens que le Conseil constitutionnel a donné à cette notion (décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009) puisqu'il a bien sûr déjà largement fait application du principe d'égalité (cf. *inter alia* : décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010).

2.2. Il vous reste donc à **déterminer si la question est sérieuse.**

Vous pourriez d'abord vous interroger un instant sur l'opérance du moyen dès lors que le principe d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires n'est normalement susceptible de s'appliquer qu'entre agents appartenant à un même corps (cf. décision n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011 ; CE 5 mars 2012, *Mme C...*, n° 354718, T. pp. 787--05-813-880-963) et que, par extension, il n'est pas de nature à jouer entre des fonctionnaires et des agents contractuels.

Toutefois, vous estimez que le principe d'égalité de traitement peut être utilement invoqué à l'encontre de 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 (CE 9 février 2005, *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police*, n° 229547, p. 35).

En d'autres termes, vous faites une exception lorsque l'objet de la règle est transversal : dans un tel cas, le principe d'égalité est invocable et la comparaison entre les différents régimes statutaires est admissible au regard de cet objet.

Dans cette logique, l'octroi d'une bonification en raison de l'occupation d'emplois présentant une responsabilité ou une technicité particulières nous semble constituer une telle règle de portée transversale. Vous ne dites d'ailleurs pas autre chose lorsque vous jugez qu'il résulte des termes mêmes de l'article 27 de la loi du 18 janvier 1991 que le bénéfice de la NBI est lié aux seules caractéristiques des emplois occupés, au regard des responsabilités qu'ils impliquent ou de la technicité qu'ils requièrent et que le bénéfice de cette bonification,

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.

exclusivement attaché à l'exercice effectif des fonctions, ne peut, dès lors, être limité aux fonctionnaires d'un corps ou aux titulaires d'une qualification déterminée ni être soumis à une condition de diplôme (CE 22 janvier 2013, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme L B...*, n° 349224, T. pp. 623-661).

Il vous faut donc contrôler si le fait de réserver le bénéfice de la NBI aux seuls fonctionnaires, à l'exclusion des agents contractuels, porte atteinte au principe d'égalité dont vous savez qu'il ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

En l'espèce, il est indubitable qu'existe une différence de traitement mais nous pensons que cette différence est justifiée par la différence de situation des agents contractuels au regard de l'objet de la norme¹.

Il faut en effet souligner que la fixation de la rémunération des fonctionnaires et des contractuels ne répond pas aux mêmes conditions.

S'agissant des premiers, les deux premiers alinéas de l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prévoient en particulier que « *les fonctionnaires ont droit à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire. Les indemnités peuvent tenir compte des fonctions et des résultats professionnels des agents ainsi que des résultats collectifs des services. / Le montant du traitement est fixé en fonction du grade de l'agent et de l'échelon auquel il est parvenu, ou de l'emploi auquel il a été nommé.* »

En d'autres termes, la rémunération d'un fonctionnaire est essentiellement fondée sur le grade et l'emploi occupés, la notion d'emploi étant ici entendue au sens statutaire de ce terme, un même emploi pouvant en réalité correspondre à des fonctions parfois très différentes. Ce n'est qu'à titre complémentaire et éventuel que les fonctions exercées peuvent être prises en compte sous la forme d'indemnités particulières, telles par exemple que la NBI.

A l'inverse, selon le troisième alinéa du même article 20, « *la rémunération des agents contractuels est fixée par l'autorité compétente en tenant compte des fonctions exercées, de la qualification requise pour leur exercice et de l'expérience de ces agents. Elle peut tenir compte*

¹ Vous n'avez pas, s'agissant d'une question de constitutionnalité, à vérifier la proportionnalité de la différence de traitement, comme vous le faites pour les actes administratifs.

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 leurs résultats professionnels et des résultats collectifs du service. »

Il en résulte que, pour ce qui est des contractuels, leur rémunération prend en compte, dès sa fixation, les fonctions qu'ils exercent, contrairement aux fonctionnaires.

Les deux logiques sont donc ontologiquement différentes : il n'y aurait guère de sens à accorder à un agent contractuel un complément de rémunération fondé sur les fonctions qu'il exerce puisque sa rémunération initiale intègre déjà cette donnée.

Ainsi, la différence de traitement est justifiée par une différence, qui est en rapport avec l'objet de la norme, dans la définition-même des régimes de rémunération propres à chacune des deux catégories d'agents publics.

Pour ces raisons, la QPC soulevée par le syndicat ne nous paraît pas sérieuse et **il n'y a dès lors pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel.**

3. Si vous nous suivez, vous pourrez à présent examiner **le recours pour excès de pouvoir**, qui comporte trois moyens.

3.1. Le premier est, assez curieusement, tiré de ce que l'exclusion des contractuels du bénéfice de la NBI méconnaît les dispositions de l'article 27 de la loi du 18 janvier 1991.

A vrai dire, si vous le jugiez fondé, il aurait pour effet de rendre inopérante la question prioritaire de constitutionnalité, qui repose sur la lecture inverse... mais tel n'est pas ce que nous vous proposons car il nous paraît certain que l'article 27 a clairement pour effet d'exclure les contractuels du bénéfice de la NBI.

Ceci ressort d'abord de la lettre de ces dispositions, comme d'ailleurs du rapport de présentation du projet de loi², qui fait expressément référence aux seuls fonctionnaires et militaires.

De même, contrairement à ce qu'allègue la fédération requérante, il ne ressort nullement de votre jurisprudence CE 30 juillet 2003, *Ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche c/ M. P...*, n° 243678, B, par laquelle vous avez jugé qu'en prévoyant que la NBI peut être attribuée aux "fonctionnaires", le législateur doit être regardé comme ayant

² Cf. rapport n° 152 de M. Claude Huriet, sénateur, qui présente la mesure comme n'étant applicable qu'à « certains fonctionnaires » (p. 63)

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.

entendu en ouvrir aussi le bénéfice aux agents stagiaires, qu'il faille interpréter la loi comme s'appliquant aussi aux contractuels.

Cette analogie est en effet dépourvue de fondement dès lors que les fonctionnaires stagiaires sont des fonctionnaires en puissance, soumis à des règles statutaires similaires à celles des titulaires, notamment en matière de rémunération, alors que tel n'est pas le cas des agents contractuels dont le statut ne leur donne pas vocation à être titularisés et qui, comme nous venons de le voir, sont dans une situation différente au regard des modalités de détermination de leur rémunération.

3.2. Vous écarterez donc ce premier moyen et pourrez en faire encore plus aisément de même avec le suivant qui est tiré, par voie d'exception, de ce que les décrets attaqués se fondent sur des dispositions législatives méconnaissant le principe d'égalité de traitement. Nous vous avons en effet exposé, lors de l'examen de la QPC, en quoi cet argument ne tient pas.

3.3. Le dernier moyen est bien plus délicat. Il est tiré de ce que l'exclusion des contractuels méconnaîtrait le **principe de non-discrimination entre travailleurs à durée déterminée et à durée indéterminée** posé par le 1 de la clause 4 de l'accord-cadre du 18 mars 1999 figurant en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 sur le travail à durée déterminée.

Aux termes de cette clause : « 1. Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives. »

Ainsi que vous l'avez jugé dans la lignée de la décision CJUE 15 avril 2008, *Impact c. Minister for Agriculture and Food*, C-268/06, ce principe est applicable dans un litige relatif à la rémunération de contractuels (CE 5 mai 2014, *M. R...*, n° 355580, T. pp. 558-566) et nous ne voyons aucune difficulté à regarder un complément de rémunération tel que la NBI comme constitutif d'une « condition d'emploi » au sens de ces dispositions.

Dans une décision certes inédite, vos 3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies ont toutefois également estimé que le principe de non-discrimination mentionné à la clause n° 4 « a pour seule portée de proscrire les différences de traitement opérées entre les travailleurs à durée déterminée et les travailleurs à durée indéterminée placés dans une situation comparable » (CE 4 mai 2016, *Mme L...*, n° 389688, C).

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.

Cette position nous paraît parfaitement raisonnable et cohérente avec l'objet même de l'accord-cadre rendu obligatoire par la directive, qui concerne le « travail à durée déterminée » : pour que s'applique le principe de non-discrimination posé par ce texte, il faut que la différence de traitement résulte de la durée déterminée ou indéterminée de l'emploi et non d'autres considérations. C'est du reste ce qu'a expressément relevé la CJUE dans son arrêt du 14 septembre 2016, *P... L...*, aff. C-16/15, qui énonce en son point 66 qu'« une éventuelle différence de traitement entre certaines catégories de personnel à durée déterminée, (...) qui est fondée non pas sur la durée déterminée ou indéterminée de la relation de travail, mais sur le caractère statutaire ou contractuel de celle-ci, ne relève pas du principe de non-discrimination consacré par cet accord-cadre ».

Or, plus récemment, la CJUE a, dans une décision qui n'est pas passée inaperçue³, appliqué cette clause à un « complément de rémunération pour grade » réservé aux fonctionnaires navarraïns (CJUE 20 juin 2019, *Daniel U... A.... c/ Departamento de Educación del Gobierno de Navarra*, aff. C-72/18). La Cour de Luxembourg y a dit pour droit que la clause n° 4 « doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale (...) qui réserve le bénéfice d'un complément de rémunération aux enseignants employés dans le cadre d'une relation de travail à durée indéterminée en tant que fonctionnaires statutaires, à l'exclusion notamment des enseignants employés en tant qu'agents contractuels de droit public à durée déterminée, si l'accomplissement d'une certaine période de service constitue la seule condition d'octroi dudit complément ».

Plusieurs commentateurs ont vu là une « condamnation par la CJUE de l'inégalité de rémunération entre les fonctionnaires et les agents contractuels » voire « la chronique d'une tempête annoncée ». Nous sommes pour notre part plus circonspect quant à la portée de cette décision et estimons en tout état de cause qu'elle n'a pas celle que lui prête la requête dans notre affaire.

En effet, la décision *A...* concernait l'attribution d'une prime d'ancienneté dont la seule condition d'octroi était l'accomplissement d'une certaine durée de service, sans qu'existe par ailleurs de différences de situation entre les fonctionnaires et les agents contractuels ni que la différence de traitement en résultant ne soit elle-même justifiée par aucune « raison objective ». Comme le relevait l'avocate générale Kokott dans ses conclusions sur cet arrêt (point 42) : « il ne semble pas y avoir de lien apparent entre l'octroi du complément, qui par ailleurs et du point de vue formel n'entraîne pas de reclassement du fonctionnaire en cause, et le système de promotion ou d'avancement professionnel ». C'est bien la raison pour laquelle, dans cette affaire, la discrimination portait sur une différence de traitement au regard de la durée de

³ Voir notamment JCP G 2019, 817, Europe 2019, comm. 346, note L. Driguez ; AJFP 2020, p. 36, note Luzuy, Cochereau et Batôt

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.

l'emploi et non sur une distinction statutaire entre fonctionnaires et agents contractuels (même si, en l'occurrence, la première recouvrait parfaitement la seconde).

Or, telle n'est pas la situation s'agissant de l'attribution de la NBI.

D'une part, en effet, les contractuels de droit public en France ne sont pas tous à durée déterminée et, à vrai dire, ils sont même de plus en plus à durée indéterminée en raison notamment des effets de la loi Sauvadet. Or, il faut normalement que la différence de traitement repose sur la durée déterminée ou indéterminée de l'emploi pour que le principe de non-discrimination prévu par l'accord-cadre soit susceptible de s'appliquer.

Il est vrai que, sur ce point, la CJUE, reprenant à son compte les conclusions de son avocate générale, estime qu'il suffit que la différence de traitement touche des contractuels à durée déterminée pour entrer dans le champ de l'accord-cadre, alors même qu'elle toucherait aussi des contractuels à durée indéterminée⁴ mais, au vu de la finalité de l'accord-cadre, nous comprenons plutôt cette mention comme signifiant simplement que, dès lors que les agents employés à durée déterminée subissent de ce seul fait une différence de traitement, l'accord-cadre s'applique, même si par ailleurs des travailleurs à durée indéterminée ne bénéficient pas non plus de la condition d'emploi en question.

D'autre part et en tout état de cause, comme nous vous l'avons démontré précédemment, en l'espèce, le fait de réserver la NBI aux fonctionnaires est justifiée par une caractéristique inhérente aux modalités d'établissement de leur rémunération qui, comme on l'a vu, ne prend pas en compte la difficulté et la technicité des fonctions, contrairement au salaire des contractuels. Il y a ainsi là, comme l'a admis la CJUE au point 46 de sa décision *Aróstegui*, une « caractéristique inhérente au statut des fonctionnaires » qui est « réellement déterminante pour l'octroi de ce bénéfice » et qui est, selon nous, de nature à justifier la différence de traitement.

Dans ces conditions, nous n'avons aucun doute à vous proposer de juger ici que la différence de traitement entre agents titulaires et agents contractuels qui résulte de l'octroi de la nouvelle bonification indiciaire est sans lien avec les conditions d'emploi à durée déterminée ou indéterminée des agents concernés.

Vous en déduirez que le moyen tiré de la méconnaissance de la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée est inopérant et ne peut donc qu'être écarté.

⁴ point 32 : « Dès lors, ainsi que l'a relevé Mme l'avocate générale au point 31 de ses conclusions, il n'est pas nécessaire à cet effet que les travailleurs employés à durée déterminée en cause soient traités de manière moins favorable par rapport à toutes les catégories de travailleurs à durée indéterminée »

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.

EPCMNC :

- à ce qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée ;

- au rejet de la requête, y compris ses conclusions présentées au titre des frais irrépétibles.

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.