N° 452347
M. B...

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 13 avril 2022
Lecture du 5 mai 2022

CONCLUSIONS

Mme Mireille LE CORRE, Rapporteure publique

Certains fonctionnaires peuvent-ils, au regard de leur régime indemnitaire global, être privés du bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire (NBI) alors qu'ils occupent un poste justifiant l'octroi de celles-ci ?

1.C'est la question posée par le recours en excès de pouvoir dont vous saisit M. B..., technicien supérieur en chef du développement durable, contre la décision implicite de rejet de sa demande d'abrogation de l'article 1er du décret n° 91-1067 du 14 octobre 1991 portant attribution de la nouvelle bonification indiciaire à certains personnels du ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace en tant qu'il exclut du bénéfice de cette indemnité les fonctionnaires « visés par le décret n° 2000-136 du 18 février 2000 », ainsi que contre la décision implicite de rejet de son recours gracieux.

Cet article 1er dispose : « La nouvelle bonification indiciaire peut être versée mensuellement dans la limite des crédits disponibles aux fonctionnaires relevant du ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace, à l'exclusion de ceux visés par le décret n° 2000-136 du 18 février 2000, qui remplissent l'une des fonctions dont la liste figure à l'annexe du présent décret ».

Le renvoi au décret du 18 février 2000 concerne « les fonctionnaires des corps techniques de l'équipement : ingénieurs des ponts et chaussées, ingénieurs des travaux publics de l'Etat, techniciens supérieurs de l'équipement, contrôleurs des travaux publics de l'Etat, conducteurs des travaux publics de l'Etat, dessinateurs, experts techniques des services techniques ».

Précisons que le décret n° 2003-799 du 25 août 2003 s'est substitué au décret n° 2000-136 du 18 février 2000, mais le maintien de la référence à celui-ci n'emporte pas d'effet juridique au regard de l'identité d'objet et de champ des deux textes[1] au moment de la substitution de l'un par l'autre.

[1] Le décret de 2003 a modifié l'emplacement des termes « fonctionnaires des corps techniques de l'équipement » ; il a ensuite été modifié pour tenir compte de la fusion des corps des ingénieurs des ponts et chaussées et des ingénieurs du génie rural, des eaux et des forêts en 2009 dans le corps des ingénieurs des ponts,

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. La NBI porte mal son nom. Bien que dite « nouvelle », elle existe depuis plus de 30 ans.

L'article 27 de la loi du 18 janvier 1991[2], qui prévoit qu'elle est applicable aux fonctionnaires (des trois fonctions publiques[3]) et aux militaires, indique qu'elle est attribuée pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technicité particulières dans des conditions fixées par décret. Outre son bénéfice lui-même, elle a l'intérêt d'être prise en compte pour le calcul de la pension de retraite. Cet article n'a été modifié qu'une fois, en 2003[4].

En quelques mots, le législateur a tout dit : ce qui justifie l'octroi de la NBI c'est l'emploi occupé et ce, au regard d'une responsabilité ou d'une technicité particulières.

Ces mots, vous leur avez donné toute leur portée. Votre jurisprudence constante a souligné le caractère exclusif du critère de l'emploi.

Avec la décision de Section Soulier (Section, 6 novembre 2002, Mme Soulier, n° 223041, au recueil), bien connue sur d'autres points, vous avez jugé que la NBI ne constituait pas un avantage statutaire et n'était liée ni au cadre d'emplois, ni au grade mais dépendait seulement de l'exercice effectif des fonctions y ouvrant droit.

Vous avez précisé ensuite que le bénéfice de la NBI était lié, non au corps d'appartenance ou au grade du fonctionnaire intéressé, mais à l'emploi qu'il occupe, compte tenu de la nature des fonctions attachées à cet emploi (3 septembre 2007, Min de l'emploi c/ Mme C..., n° 290646, aux Tables).

Vous avez encore explicité cette exclusivité du critère de l'emploi occupé en jugeant qu'il résultait « 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 ; que le bénéfice de cette bonification, 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 » (22 janvier 2013, Min de l'éducation nationale c/ Mme L..., n° 349224, aux Tables sur ce point).

Ce qui peut être pris en compte pour l'octroi ou non de la NBI est ainsi tout ce qui contribue à définir une forme de spécificité d'un emploi. Ainsi, un critère de seuil démographique est légitime puisqu'il traduit la lourdeur des responsabilités d'un poste (voyez en ce sens : 3 octobre 2003, Association nationale des directeurs généraux et des directeurs généraux adjoints des conseils régionaux et des conseils généraux ; n° 243483, aux Tables sur ce point,

---

des eaux et des forêts

[2] Loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales

[3] IV de l'article 27

[4] Loi n° 2003-775 du 21 août 2003

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.

s'agissant de l'octroi de la NBI aux seuls agents occupant les emplois de direction générale des services des départements dépassant le seuil de 500 000 habitants).

A l'inverse, ne sont pas des critères pertinents pour l'octroi ou non de la NBI le diplôme (décision Min de l'éducation nationale c/ Mme L... précitée) ou le corps d'appartenance ou le grade. Le corps d'appartenance ne justifie à lui seul ni le bénéfice de la NBI, si l'intéressé n'occupe pas un emploi y ouvrant droit, ni, à l'inverse, son exclusion si l'intéressé exerce les fonctions concernées. Vous avez ainsi annulé une disposition excluant du bénéfice de la NBI les militaires d'un grade supérieur à celui de lieutenant-colonel : 1er avril 1998, H..., n° 190300).

Relevons que votre contrôle est assez poussé sur le respect de ce critère. Dans l'hypothèse où le pouvoir réglementaire n'a pas défini précisément les emplois comportant des responsabilités ou une technicité particulières, vous recherchez, dans le cadre de contentieux individuels sur des refus de NBI, si l'agent occupait un emploi présentant ces caractéristiques (16 mai 2012, CH Pôle de santé du Golfe de Saint-Tropez, n° 344283, aux Tables sur ce point).

En revanche, dès lors qu'un critère pertinent est intégré par le pouvoir réglementaire, vous tenez logiquement compte de la marge de manœuvre dont il dispose, pour définir le niveau de responsabilité, le degré de technicité ou le seuil démographique par exemple pour des postes territoriaux.

3. En l'espèce, est-il possible d'exclure du bénéfice de la NBI tous les fonctionnaires des corps techniques que nous avons cités ?

Votre jurisprudence nous conduit très naturellement à penser que cette exclusion n'est pas légale puisque le critère de l'exclusion est l'appartenance à un corps donné, ce que vous avez déjà censuré.

Cette configuration indemnitaire tient peut-être, de fait, à ce que ces fonctionnaires bénéficient par ailleurs d'une autre prime, l'indemnité spéciale de service. Le décret instituant cette indemnité a, en effet, été pris concomitamment à la modification du décret de 1991 procédant à l'exclusion de la NBI pour les corps concernés.

Mais le seul fondement qui pourrait, peut-être - car ce serait très constructif -, vous conduire à ne pas prononcer une annulation serait le constat que cette autre indemnité a le même objet, répond aux mêmes critères d'octroi et engendre les mêmes effets que la NBI. Or, nous ne le comprenons pas comme tel, et, en l'absence de mémoire en défense produit, rien ne nous permet de l'affirmer.

L'annulation demandée nous semble donc imparable.

Par ces motifs, nous concluons :

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.

- A l'annulation des décisions implicites de refus d'abroger l'article 1er du décret n° 91-1067 du 14 octobre 1991 portant attribution de la nouvelle bonification indiciaire à certains personnels du ministère de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace en tant qu'il exclut du bénéfice de cette indemnité les fonctionnaires « visés par le décret n° 2000-136 du 18 février 2000 » et de rejet de son recours gracieux.
- A ce qu'il soit enjoint au Premier ministre d'abroger cet article 1er en tant qu'il comporte les mots "à l'"exclusion de ceux visés par le décret n° 2000-136 du 18 février 2000" dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision.

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.