

**N°s 454997 et 455041**  
**Caisse des dépôts et consignations**  
**Ministre des armées**  
**c/ M. S...**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 6 juillet 2022**  
**Décision du 20 juillet 2022**

## **Conclusions**

### **Mireille LE CORRE, Rapporteur publique**

Les pourvois qui viennent d'être appelés vous conduiront à trancher une question relative au régime de pension des anciens ouvriers de l'Etat devenus contractuels, sur un point que vous n'avez pas encore eu à connaître.

M. S..., né en 1960, a été ouvrier des établissements industriels de l'Etat puis intégré en qualité d'agent sur contrat du ministère de la défense en 1989.

Il a alors opté en faveur de son maintien dans le régime de retraite des ouvriers des établissements industriels de l'Etat, sur le fondement de l'article 3 du décret du 3 octobre 1949 fixant le statut des agents sur contrat du ministère de la défense nationale. Il a également maintenu ce choix lorsqu'il a signé un nouveau contrat en 2009, sur le fondement du même décret de 1949.

En 2011, il a été engagé en qualité d'agent contractuel dans l'emploi d'ingénieur cadre technico-commercial, sur le fondement du décret du 4 mai 1988 relatif à certains agents sur contrat des services à caractère industriel ou commercial du ministère de la défense.

Il a été admis à la retraite à compter du 1<sup>er</sup> juin 2017, au titre des travaux insalubres.

Des avances sur pension lui ont été servies à compter de cette date, par le Fonds spécial des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat (FSPOEIE) géré par la Caisse des dépôts et consignations (CDC), jusqu'au 6 janvier 2020, date à laquelle lui a été adressé un brevet lui concédant une pension.

Contrairement à la simulation établie au moment de son admission à la retraite ayant servi de base de calcul aux avances sur pension, le brevet de pension n'a pas intégré les trimestres effectués à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2011 dans la détermination de ses droits à pension, en considérant que le nouveau statut sous lequel M S... avait été recruté en 2011 ne comportait pas de disposition ouvrant la possibilité d'opter pour le maintien dans le régime des ouvriers

de l'Etat. Ceci a conduit à un trop-perçu d'avances sur pension de plus de 34 000 euros, que l'administration a réclamé à M. S... par une décision du 21 janvier 2020.

Ce montant important est dû à l'écart de pension, selon que l'intéressé relève de l'un ou l'autre des régimes : le montant brut est d'environ 1300 euros si le montant de la retraite ne tient pas compte des dernières années selon le régime le plus favorable, contre 2500 euros dans le cas inverse, soit une pension passant quasiment du simple au double, ce qui permet de mesurer l'enjeu pour le requérant, au-delà du reversement demandé du trop-perçu pour le passé.

Le recours formé par M. S... contre cette décision a été implicitement rejeté par la ministre des armées et expressément rejeté par courrier du 10 mars 2020 de la Caisse des dépôts et consignations.

M. S... a saisi le TA de Bordeaux, qui a annulé le brevet de pension, les décisions du 21 janvier 2020 (réclamation du trop-perçu) et du 10 mars 2020 (rejet de la CDC) et la décision implicite de la ministre des armées refusant de procéder à la révision de sa pension, et il a enjoint à la ministre et à la CDC de procéder au réexamen des droits à pension de M. S....

La ministre et la CDC se pourvoient en cassation, par deux pourvois distincts, que vous joindrez.

2. Le décret du 3 octobre 1949 fixant le régime des agents sous contrat du ministère de la défense a prévu, à son article 3, d'une part, le principe de l'application de la législation sur la sécurité sociale, d'autre part, la possibilité pour ceux des personnels recrutés sur ce fondement qui étaient affiliés au régime de retraite des établissements industriels de l'Etat de conserver, sur leur demande, le bénéfice de ce régime à condition d'opter dans les 6 mois suivant la date d'entrée dans le nouveau cadre juridique.

Vous avez eu l'occasion de faire application de ce droit d'option (20 avril 1988, M. B..., n° 43951, C ; 12 juillet 1995, M. J..., n° 142512, aux Tables).

Le décret du 4 mai 1988 relatif à certains agents sur contrat des services à caractère industriel ou commercial du ministère de la défense prévoit quant à lui à son article 3 que les dispositions du décret du 17 janvier 1986 (relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat) sont applicables à ces agents, hormis pour certaines dispositions.

Or, l'article 2 du décret du 17 janvier 1986 prévoit l'application de la réglementation du régime général de sécurité sociale aux agents contractuels, sauf dispositions contraires.

Le décret de 1988 ne prévoit ainsi pas une possibilité d'opter pour le maintien du régime de retraite des établissements industriels de l'Etat.

3. La lecture de ces textes nous conduit à examiner plusieurs questions.

a) Premièrement, existe-t-il une forme de continuité entre les deux décrets ?

Si tel était le cas, autrement dit si le décret de 1949 avait été abrogé pour être remplacé par le décret de 1988, avec le même champ d'application, les conséquences à tirer de l'absence, dans le second décret, de mention expresse relative au droit d'option résultant du premier décret auraient peut-être été plus délicates.

Mais ce n'est pas l'hypothèse juridique qui vous est soumise. Il n'y a pas continuité entre les deux décrets, mais coexistence.

L'article 1<sup>er</sup> du décret de 1988 dispose que dans les services à caractère industriel ou commercial du ministère de la défense, l'Etat peut employer « outre des agents sur contrat recrutés en application des dispositions du décret susvisé du 3 octobre 1949 », des agents sur contrat dont le recrutement et le régime de rémunération et de déroulement de carrière sont déterminés par un arrêté interministériel.

Le statut résultant du décret de 1988 est donc distinct de celui du décret de 1949, qui perdure.

Les textes mentionnent clairement cette possibilité double de recrutement sur le fondement de deux textes différents et vous l'avez constaté en analysant le décret du 4 mai 1988 comme se bornant à instituer pour les agents concernés un nouveau régime statutaire différent de celui qui avait été prévu par le décret (...) du 3 octobre 1949 (3 mai 1993, Syndicat CFDT des établissements et arsenaux du Val-de-Marne, n°s 99808, 99809, aux Tables ; 3 décembre 2001, M. V..., n° 216660, aux Tables).

Par cette dernière décision, vous avez explicité la genèse de ces textes, en précisant qu'il résultait des termes mêmes de son article 2 que sont exclus du champ d'application de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires les personnels des services et établissements publics de l'Etat qui présentent un caractère industriel ou commercial. Or, les services du ministère de la défense dont l'activité est retracée dans les comptes de commerce des fabrications d'armement, des constructions navales et des exploitations industrielles des ateliers aéronautiques de l'Etat ont, pour l'application de cette règle, la nature de services de l'Etat à caractère industriel ou commercial. En conséquence, les agents des services du ministère de la défense dont l'activité est retracée dans des comptes de commerce n'entrent pas dans le champ des dispositions de la loi du 13 juillet 1983 et de celles de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

Le mémoire en défense lui-même ne nie d'ailleurs pas que le décret de 1988, applicable à ces seuls services, « prévoit un régime qui ne fait pas disparaître celui du décret du 3 octobre 1949 ».

b) Deuxièmement, quelle conséquence tirer des termes « sauf dispositions contraires » ?

Ces termes, figurant à l'article 2 du décret de 1986, sont notamment ceux sur lesquels se fonde le mémoire en défense pour estimer que le régime du décret de 1949 pouvait être appliqué au requérant quand bien même un changement était intervenu en 2011.

C'est ce que le TA a pris en compte en l'espèce en retenant que « les dispositions de l'article 2 du décret du 17 janvier 1986 n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle au droit d'option prévu par l'article 3 du décret du 3 octobre 1949 ». Ceci est exact, mais fait l'impasse sur l'existence du décret de 1988 dont relevait l'agent à compter de son contrat de 2011 pris sur ce dernier fondement. Or, celui-ci ne prévoit pas de « disposition contraire » sous la forme d'un droit d'option, contrairement à celui de 1949.

- c) Troisièmement, faut-il faire application des dispositions d'application dans le temps résultant de l'article 1<sup>er</sup> du décret de 1986 ?

M. S... soutient qu'il peut continuer de prétendre au bénéfice des dispositions antérieures, qui lui sont plus favorables, en application de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 17 janvier 1986 dans sa version applicable du 14 mars 2007 au 24 mars 2014, période durant laquelle il a signé son dernier contrat, qui prévoyait que « Les dispositions réglementaires en vigueur à la date de publication du présent décret continuent à s'appliquer au personnel qu'elles régissent si elles sont plus favorables. »

L'administration estime que cette disposition ne trouve, par essence, à s'appliquer que pour des dispositions déjà existantes en 1986, ce qui n'est, c'est une lapalissade, pas le cas du décret de 1988. En réalité, cet argument n'est pas dépourvu d'intérêt s'agissant du décret de 1949 lui-même, pour des agents auxquels, sans changer eux-mêmes d'emploi et de cadre juridique, serait appliqué un texte nouveau supprimant le droit d'option, et qui en conserveraient le bénéfice.

Mais tel n'est pas le cas de la situation qui vous est soumise, du fait du changement intervenu, en ce qui concerne M. S..., en 2011.

- d) Quatrièmement, faut-il alors tenir compte, malgré un changement d'emploi, d'un droit d'option déjà exercé par le passé ?

Cette piste nous semblerait devoir être examinée, là encore, en l'absence de changement d'emploi et de cadre juridique. Un agent qui a exercé le droit d'option, et auquel de nouveaux textes seraient applicables pour régir la même situation d'emploi, pourrait légitimement estimer que le droit d'option se poursuit.

Mais les deux décrets, de 1949 et de 1988, visent des catégories d'agents pour partie distinctes. Pour partie seulement toutefois, nous semble-t-il.

Le décret de 1988 prévoit, en effet, à son article 1<sup>er</sup> que l'Etat peut employer, outre des agents relevant du décret de 1949, des agents sur contrat « dont le recrutement et le régime de rémunération et de déroulement de carrière sont déterminés par un arrêté » interministériel.

Cet arrêté vise quant à lui précisément les catégories d'agents concernés, à savoir « des ingénieurs, des cadres technico-commerciaux et des techniciens ».

Le champ des agents relevant du décret de 1949 était quant à lui beaucoup plus large et le demeure : il concerne les agents sur contrat employés dans les services de la défense (article 1<sup>er</sup>), classés par catégories énumérées à son article 5, dans la filière technique (ingénieurs et cadres, techniciens et agents de maîtrise) et dans la filière administrative (cadres administratifs supérieurs, cadres administratifs intermédiaires, personnels administratifs d'application).

Ces deux champs ne sont ainsi pas définis par des catégories d'agents de façon totalement étanche, mais lorsqu'un agent est recruté, il est régi soit par l'un soit par l'autre des textes. Un ingénieur des services industriels et commerciaux peut ainsi, selon notre compréhension des textes, relever soit du décret de 1949, soit du décret de 1988, même si, de fait, ce dernier, plus récent et plus circonscrit, lui sera probablement appliqué.

C'est ainsi que nous lisons votre décision V... précitée : vous y avez indiqué que le décret de 1988 avait prévu son application à « des » agents recrutés sous un régime défini antérieurement notamment par le décret de 1989 – et en précisant d'ailleurs que cela ne saurait lui donner un caractère rétroactif - et non « aux » agents recrutés antérieurement par ce décret, et vous avez, dans la même décision, tenu compte des termes mêmes du décret de 1988 (« outre des agents recrutés » en application du décret de 1949).

Le décret de 1949 s'est appliqué à M. S... en 1989 lorsqu'il est devenu technicien contractuel. En revanche, le changement de 2011, qui lui a permis de devenir ingénieur commercial, s'est traduit par un nouveau contrat pris sur le fondement du décret de 1988 qu'il vise.

La situation juridique en résultant est moins lisible que si les deux décrets concernaient des catégories d'agents différentes, mais il n'y a pas d'ambiguïté, en l'espèce, et au cas particulier, sur le texte sur le fondement duquel le contrat de 2011 de M. S... a été pris.

e) Faut-il alors tenir compte du « silence » de l'intéressé en 2011 ?

Ou, dit autrement, fallait-il une renonciation expresse de l'intéressé à son droit d'option ? M. S... a changé d'emploi et de statut en 2011. Le droit d'option résultant du décret de 1949 ne lui étant plus applicable, la CDC a raison de souligner qu'il ne peut donc pas se prévaloir de la règle selon laquelle la renonciation à un droit suppose qu'elle soit explicite et non équivoque : il ne s'agit pas de la renonciation à un droit mais de la perte d'un droit résultant d'un changement de statut.

f) Enfin, faut-il tenir compte de l'erreur de l'administration elle-même ?

Vous avez déjà tenu compte d'une forme de partage de responsabilités en cas de trop-perçu dont la restitution est demandée dans certaines situations (s'agissant par exemple des pensions de réversion).

Dans notre cas, l'intéressé a continué à cotiser au régime de retraite des ouvriers de l'Etat y compris après son recrutement en qualité d'agent contractuel sur le fondement du décret de 1988, alors qu'il relevait du régime général de la sécurité sociale et ne pouvait donc pas prétendre aux avantages attachés au régime des ouvriers de l'Etat, notamment le versement d'une avance sur pension par le FSPOEIE.

Si l'administration s'est indéniablement trompée dans le montant ainsi versé dans le cadre de ces avances, il faut relever que la lettre du directeur du FSPOEIE du 29 août 2017 soulignait que l'avance n'était pas calculée sur des bases définitives.

En outre, la signature par M. S... d'un nouveau contrat en 2011 nous semble caractériser la connaissance d'une nouvelle situation juridique, qui aurait pu le conduire à s'interroger sur le maintien ou non du bénéfice d'un autre régime de retraite.

Précisons enfin que si les conséquences financières sont indéniablement importantes pour M. S..., et que le reversement de sommes en cas de trop-perçu dû à une erreur de l'administration engendre toujours un sentiment de malaise, y compris pour le juge, la CDC souligne d'une part que cette circonstance est sans incidence sur la légalité de la décision, ce qui est évidemment exact, d'autre part, que la baisse du niveau de pension de M. S..., pour importante qu'elle soit, est à relativiser en tenant compte de la pension totale perçue, la pension versée par le régime général de la sécurité sociale et le régime de l'Ircantec au titre du contrat de 2011 devant s'ajouter à la pension versée par le FSPOEIE.

4. Il est temps d'en venir aux conséquences sur l'arrêt attaqué.

Le TA n'a pas pris en compte le régime résultant du décret de 1988, qu'il ne cite d'ailleurs même pas, alors que la CDC avait précisé que M. S... avait été engagé à compter de 2011 sur le fondement de ce texte.

De cette omission, découle l'erreur de droit, qui vous conduira à annuler le jugement.

Nous vous proposons de renvoyer l'affaire au tribunal administratif, qui pourra, dans le cadre du régime juridique pertinent, procéder à la qualification des sommes versées (un nouveau débat émergeant, en cas d'annulation, entre les notions d'avances sur pension ou de pension) et analyser, en conséquence, les règles de délai applicables à la demande de restitution.

Par ces motifs, nous concluons :

- A l'annulation du jugement du TA de Bordeaux
- Au renvoi de l'affaire au TA de Bordeaux
- Au rejet des conclusions présentées par M. S... au titre de l'article L. 761-1 du CJA.