

N° 463950
M. D... (QPC)

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 17 octobre 2022
Lecture du 2 novembre 2022

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

La présente affaire va vous conduire à vous pencher sur les **différences de régime existant entre les fonctions publiques civile et militaire quant aux règles de mobilité et à leur prise en compte dans la carrière des agents.**

1. Le requérant, M. D..., était capitaine au sein de l'armée de terre lorsqu'il a été détaché pendant deux ans auprès du ministre de l'éducation nationale pour exercer des fonctions de responsable de la division des systèmes d'information au vice-rectorat de Mayotte. Dans son grade de détachement d'ingénieur des études de seconde classe, il a atteint le 13^{ème} échelon, correspondant à l'indice brut de rémunération 750.

Lors de sa réintégration dans l'armée au mois d'août 2016, son indice brut a cependant été fixé à 706, l'administration estimant qu'il n'y avait pas lieu de lui faire application des dispositions issues de l'article 5-I de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, qui concernent les seuls fonctionnaires civils et qui prévoient que, lorsque le fonctionnaire est réintégré dans son corps d'origine à l'expiration de son détachement, il est tenu compte du grade et de l'échelon qu'il a atteints dans le corps ou cadre d'emplois de détachement sous réserve qu'il lui soient plus favorables.

Cette règle de conservation de l'indice, qui est destinée à encourager les mobilités, n'a pas d'équivalent pour les militaires, dont le détachement est régi par les articles L. 4138-8 et L. 4138-9 du code de la défense.

Fort marri de cette situation, le capitaine D... a engagé plusieurs recours administratifs et contentieux.

Il a d'abord demandé au Premier ministre de prendre les mesures d'application de la loi du 3 août 2009, en les étendant aux militaires. Votre 7^{ème} chambre a rejeté la requête contestant le refus qui lui a été opposé par une décision du 3 octobre 2018 (aff. n° 416190).

Puis, il a demandé à son administration de lui attribuer son indice de détachement et de l'indemniser du préjudice qu'il estime avoir subi, avant de contester les refus qui lui ont été opposés.

Le TA de Rennes puis, par un arrêt du 15 mars 2022, la CAA de Nantes ont cependant rejeté ses demandes.

A l'occasion du pourvoi qu'il forme devant vous contre ce dernier arrêt, M. D... soulève désormais une QPC dirigée contre les articles 5 de la loi du 3 août 2009 et L. 4138-8 et L. 4138-9 du code de la défense en tant qu'ils ne prévoient pas, lors de la réintégration des militaires, le maintien de l'échelon atteint dans le grade de détachement.

2. Vous pourrez d'abord examiner la QPC.

2.1. S'agissant de l'applicabilité au litige des dispositions contestées, il nous semble que vous devrez distinguer entre celle des articles L. 4138-8 et 4138-9 du code de la défense, qui ne fait guère de doute puisque ces dispositions concernent spécifiquement la situation des militaires, et celle de l'article 5 de la loi du 3 août 2009, qui nous paraît plus contestable dès lors que, comme vous l'avez vous-mêmes expressément jugé dans votre décision du 3 octobre 2018, ces dispositions ne sont pas applicables au détachement des militaires.

Ainsi, le refus d'accorder à M. D... son ancien indice de détachement n'est pas fondé sur cette loi, même si nous comprenons bien que ce que le requérant lui reproche, c'est de ne pas comporter une disposition propre aux militaires. Nous aurions éventuellement pu admettre cette applicabilité au litige « en tant que ne pas » si aucune disposition législative n'existait par ailleurs sur ce point. Mais, comme nous vous l'avons dit, ce sont les dispositions spécifiques du code de la défense qui régissent le détachement des militaires : à notre sens, ce n'est donc que leur éventuelle inconstitutionnalité que le requérant peut utilement critiquer dans le cadre de la présente instance.

2.2. Il faut donc s'en tenir ici aux deux articles du code de la défense, qui sont parfaitement dissociables¹ de la loi du 3 août 2009. Si vous nous suivez, vous ne pourrez que constater que l'autre condition posée à l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 est par ailleurs remplie puisque le Conseil constitutionnel **n'a jamais eu à se prononcer sur la conformité à la Constitution des articles L. 4138-8 et 4138-9 du code de la défense.**

2.3. Il vous faut alors à déterminer si la question, qui n'est pas nouvelle, **présente un caractère sérieux.**

En l'occurrence, deux griefs sont soulevés par le requérant.

2.3.1. Le premier tient à ce que le législateur aurait méconnu **l'étendue de sa compétence** et ainsi affecté le respect dû au principe d'égalité en ne prévoyant pas le maintien du traitement indiciaire des militaires détachés dans la fonction publique lorsque ceux-ci sont réintégrés dans l'armée.

Nous n'aurions guère de difficulté à estimer que le principe du maintien du traitement indiciaire relève des « garanties fondamentales accordées aux militaires » au sens de l'article 34 de la Constitution² et donc du domaine de la loi. Il nous semble d'ailleurs que c'est bien la raison pour laquelle, s'agissant des

¹ Sur cette notion, voir CE 28 mai 2010, *B... et O...*, n° 337840, p. 171

² « la loi fixe également les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat »

fonctionnaires civils, la règle de conservation de l'indice est elle-même prévue par la loi.

Il reste que décider, pour les militaires, de ne pas retenir cette règle ne constitue pas en soi une omission ou une insuffisance mais un pur choix du législateur, qui ne trahit pas, par lui-même, une incompetence négative. Le grief ne pourrait donc qu'être écarté, quelle que soit par ailleurs l'atteinte au principe d'égalité.

2.3.2. Le second grief est tiré directement de la **méconnaissance du principe d'égalité** par les dispositions litigieuses.

Nous n'avons aucun doute quant au fait que vous devrez l'écartier même si vous pourriez hésiter quant au terrain exact sur lequel il vous revient de vous placer.

Vous savez en effet que, selon la jurisprudence constitutionnelle, 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 ou cadre d'emplois (cf. décisions n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public* ; n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011 ; CE 5 mars 2012, *Mme M C...*, n° 354718, T. pp. 787-805-813-880-963, ccl. N. Boulouis).

Il s'en déduit qu'en dehors de ce type de situation, l'invocation du principe d'égalité est radicalement inopérante.

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), et vous venez d'étendre cette jurisprudence aux normes régissant la situation d'agents publics, y compris donc d'agents non titulaires (CE 12 avril 2022, *Fédération Sud Education*, n° 452547, à publier au Recueil).

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 est admissible au regard de cet objet. C'est du reste pour ce motif que vos chambres réunies ont, conformément à nos conclusions, jugé opérant le moyen tiré de ce que le législateur aurait méconnu le principe constitutionnel d'égalité entre fonctionnaires et contractuels en réservant l'attribution de la NBI aux seuls fonctionnaires (CE 10 décembre 2021, *Fédération SGEN-CFDT*, n° 451287, C).

Si cette dernière ligne jurisprudentielle nous paraît pleinement justifiée (ainsi que l'illustre selon nous une autre affaire inscrite à votre rôle de ce jour – aff. n° 458629 / *Mme P...*), nous pensons toutefois qu'elle n'est pas sans limite.

Cette limite tient à ce que le respect du principe d'égalité doit se mesurer à l'aune de l'objet de la norme et non de sa finalité.

Or, en l'espèce, si, comme nous vous l'avons indiqué, il est certain que l'objectif du législateur était, en édictant les règles de détachement applicables aux fonctionnaires civils, d'encourager la mobilité en les faisant bénéficier de conditions de réintégration favorables, il reste que l'objet de la norme considérée est, pour sa part, pleinement statutaire.

Les articles L. 4138-8 et 4138-9 fixent en effet les règles de réintégration des militaires dans leur grade. Il s'agit donc là d'une pure question de déroulement de carrière, dont le caractère statutaire rend vain le fait de procéder à des comparaisons avec des corps différents, et *a fortiori* entre des fonctions publiques différentes.

Pour le dire autrement, la détermination des règles statutaires est, par essence, dépourvue de tout caractère transversal au sens de la jurisprudence que nous avons rappelée puisque, par définition, ces règles varient en fonction de chaque corps.

Du reste, s'il peut arriver que des règles statutaires soient identiques d'un

corps à l'autre, ce n'est pas parce que le principe d'égalité y contraindrait mais simplement parce que l'autorité compétente en a décidé ainsi. C'est bien la raison pour laquelle, s'agissant des questions statutaires, vous vous refusez, comme le Conseil constitutionnel, à entrer dans l'exercice de comparaison qu'impliquerait le principe d'égalité.

Si vous nous suivez, vous écarterez donc **comme inopérant** le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité.

En tout état de cause, nous pensons que, si vous l'estimiez opérant, vous ne pourriez que le regarder comme infondé.

Il nous paraît en effet évident que la différence de traitement qui résulte de l'absence de prise en compte, lors de la réintégration du militaire, de ses échelon et grade acquis dans son détachement **est de toute façon justifiée par une différence de situation**, qui tient essentiellement à la structure spécifique des corps de la fonction publique militaire et, plus largement aux contraintes propres à la fonction militaire.

A cet égard, il faut observer que, pour des raisons tenant aux besoins de renouvellement des effectifs, la structure démographique des corps et grades militaires diffère assez largement de celles des corps civils. De même, de nombreux dispositifs du code de la défense sont en particulier destinés à faciliter le départ des militaires vers la fonction publique civile, sans nécessairement favoriser leur retour.

Au surplus, la spécificité de l'état militaire et des modalités d'avancement qui lui sont propres, qui reposent elles-mêmes assez largement sur l'idée que les militaires détachés ne sauraient, pour de simples motifs statutaires, « passer devant » leurs collègues grâce à un avancement obtenu dans l'exercice de fonctions civiles parfois dépourvues de lien avec l'activité militaire, nous paraît également constituer une différence de situation de nature à justifier aux yeux du juge constitutionnel une différence de traitement entre agents civils et militaires.

La question prioritaire de constitutionnalité ne nous paraît donc pas

sérieuse : vous refuserez de la renvoyer.

3. Vous pourrez alors **examiner le pourvoi dans le cadre de la procédure préalable d'admission** de l'article L. 822-1 du CJA, dès lors que l'unique moyen soulevé ne nous paraît pas susceptible de justifier une telle admission.

En l'espèce, M. D... soutient que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que le fait que les conditions de réintégration après détachement des militaires n'étaient pas alignées sur celles des fonctionnaires ne méconnaissent pas les stipulations combinées de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel (« 1P1 ») à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14 de cette convention, dont vous savez qu'elles prohibent toute **atteinte discriminatoire aux biens**.

Le requérant n'ignore pas – puisque vous l'avez précisément énoncé dans la décision du 3 octobre 2018 qui a rejeté son premier recours devant vous – que vous avez jugé que « le classement indiciaire d'un militaire dans son corps de détachement ne [peut] être assimilé à un bien au sens de ces stipulations ». Il vous invite toutefois à reconsidérer la question à l'aune de la jurisprudence européenne, dont il rappelle qu'elle retient une acception large de la notion de « bien ».

Même si nous ne nions pas que l'affirmation contenue dans votre décision de 2018 pourrait prêter à débats, il nous semble que, de toute façon, le présent pourvoi ne saurait vous en donner utilement l'occasion.

En effet, à supposer même qu'un classement indiciaire doive être regardé, eu égard à ses effets potentiels sur le patrimoine de l'agent, comme un bien au sens de la CESDH, il n'en demeure pas moins que le moyen soulevé devant vous serait soit inopérant soit infondé.

En effet, d'une part, la protection du droit de propriété de l'article 1P1 ne porte que sur les biens existants ou les créances présentant un degré suffisant de certitude. En particulier, la cour de Strasbourg estime que si, « dans certaines circonstances, l'« espérance légitime » d'obtenir une valeur patrimoniale peut

également bénéficiaire de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1 (...), on ne saurait conclure à l'existence d'une « espérance légitime » lorsqu'il y a controverse sur la façon dont le droit interne doit être interprété et appliqué et que les arguments développés par le requérant à cet égard sont en définitive rejetés par les juridictions nationales » (CEDH, gde ch., 7 juin 2012, n° 38433/09, *Centro Europa 7 S.R.L. et DS... c/ Italie*, § 172-173).

En d'autres termes, dès lors que M. D... critique, en l'espèce, des dispositions législatives qui ne prévoient de toute façon pas l'attribution de l'indice qu'il convoite, il ne peut utilement faire valoir qu'il a été privé d'un droit ou d'une créance certaine ni même d'une espérance légitime.

D'autre part, même en franchissant ici le cap de l'opérance du moyen, il reste que la CEDH estime que, s'agissant de « mesures d'ordre général en matière économique ou sociale », les stipulations combinées des articles 1P1 et 14 de la convention impliquent seulement que la différence de traitement entre personnes placées dans des situations comparables ne soit pas « manifestement dépourvue de base raisonnable » (cf. CEDH, 7 juillet 2011, *S... c/ Autriche*, n° 37452/02, points 87 à 89 ; CE 31 mars 2021, DGD..., n° 441918, T. pp. 631-659-680-684). La marge d'appréciation pour les Etats est donc importante.

Or, pour toutes les raisons que nous avons déjà exposées, il n'est manifestement pas déraisonnable d'établir une distinction entre le sort des militaires détachés et réintégrant l'armée et celui des fonctionnaires civils détachés et réintégrant leur administration.

Nous pensons donc qu'il n'y a pas non plus ici de méconnaissance au fond des principes conventionnels invoqués.

Ainsi, quel que soit l'angle d'où l'on se place, le moyen de cassation n'est pas sérieux.

4. Et par ces motifs, nous concluons :

- à ce qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC soulevée ;
- à la non-admission du pourvoi.