



Décision du Défenseur des droits MSP-2014-206

RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

Décision relative à la violation des droits d'un militaire accédant à la fonction publique civile par la procédure des emplois réservés (Observations en justice)

Domaine de compétence de l'Institution : Droits des usagers des services publics

Thème :

- *Services publics:*

thème principal : Fonction publique

Synthèse :

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative au refus d'un ministère qui a recruté, dans un emploi de secrétaire administratif, une ancienne militaire sous contrat selon la procédure des emplois réservés, de tenir compte, pour son classement, lors de sa nomination, puis de sa titularisation dans ce corps de fonctionnaire, de l'indice de rémunération dont elle bénéficiait en qualité de militaire, comme prévu par le code de la Défense.

Le ministère d'accueil lui a indiqué qu'elle ne pouvait pas bénéficier de cet indice de rémunération, du fait qu'elle n'avait plus la qualité de militaire à la veille de sa nomination dans le corps des secrétaires administratifs, ayant été rétroactivement radiée des cadres par l'administration militaire, par une décision devenue définitive car n'ayant pas été contestée dans le délai du recours contentieux.

Cependant, cette radiation des cadres ne pouvait intervenir à ce moment de la procédure de recrutement, alors que les textes prévoient un détachement de droit. Cette procédure de recrutement au titre des emplois réservés constituant une opération complexe, l'illégalité de la radiation des cadres, qui conditionne l'échelon et l'indice de reclassement de la réclamante, peut être excipée au soutien de sa demande de rétablissement dans les droits qu'elle tire de son ancien statut de militaire sous contrat.

En conséquence, le Défenseur des droits décide de présenter des observations devant la juridiction administrative saisie par la réclamante.



Paris, le 10 décembre 2014

Décision du Défenseur des droits MSP-2014-206

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code de la Défense ;

Vu le code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre ;

Saisi par Madame X qui estime que le ministère Y, qui l'a recrutée en qualité de secrétaire administrative par le biais de la procédure dite des emplois réservés, ne l'a pas classée dans son corps d'accueil conformément à ses droits,

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z

Jacques TOUBON

Observations devant le tribunal administratif de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

I. Rappel des faits et de la procédure :

Par courrier du 21 janvier 2014, le Défenseur des Droits a été saisi par Madame X, secrétaire administrative au ministère Y, d'une réclamation relative aux conditions de son intégration dans la fonction publique civile par le biais de la procédure des emplois réservés.

Madame X, qui s'était engagée en qualité d'officier sous contrat dans l'armée de terre par un contrat de cinq ans, à compter du 1er mai 2007, a été informée, le 4 juillet 2011, que son contrat d'engagement ne serait pas renouvelé et qu'elle serait, en conséquence, radiée des cadres à compter du 2 mai 2012.

Madame X a demandé un congé de reconversion, qui lui a été accordé par décision du 19 mars 2012, avec report de sa radiation des cadres au 1^{er} novembre 2012.

Dans le même temps, elle a sollicité l'agrément du ministre de la Défense pour être inscrite sur une liste d'aptitude pour les emplois réservés. Par décision du 13 avril 2012, elle a été inscrite sur la liste nationale d'aptitude pour les emplois réservés.

Dans ce cadre, Madame X a été recrutée sur un emploi de chargée d'études au sein de la direction des Affaires juridiques du ministère Y et y a pris ses fonctions le 1er juillet 2012.

Par arrêté du 6 juillet 2012, dont elle a pris connaissance le 17 juillet 2012, Madame X a été nommée secrétaire administratif stagiaire de classe normale du ministère Y au titre des emplois réservés aux bénéficiaires des dispositions du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre (CPMIVG), à compter de sa date d'entrée en fonctions.

Elle en a aussitôt informé son gestionnaire à la direction des ressources humaines de l'armée de terre, qui lui a demandé de lui adresser un courrier demandant l'interruption de son congé de reconversion et sa radiation des contrôles, ce qu'elle a fait.

Par arrêté du 23 juillet 2012, Madame X a été classée au 13^{ème} échelon avec conservation, à titre personnel, d'une rémunération calculée sur la base de l'indice majoré 562 correspondant à l'indice afférent à l'échelon sommital du corps d'accueil, pendant la durée légale de son détachement.

Par décision du 27 juillet 2012, notifiée le 6 août 2012, il a été mis fin, à compter du 29 juin 2012, à son congé de reconversion et l'intéressée a été « rayé(e) des contrôles le 30 juin 2012 ».

Par arrêté du 24 septembre 2013, Madame X a été titularisée à compter du 1^{er} juillet 2013, dans le corps des secrétaires administratifs de classe normale du ministère Y et classée au 3^{ème} échelon de ce corps par application de l'article L. 4139-3 du code de la Défense.

Voyant sa rémunération passer de l'indice 562 à l'indice 325, Madame X a sollicité, par courriers des 28 octobre et 7 décembre 2013, l'annulation de l'arrêté du 24 septembre 2013 et le rétablissement de l'échelon qui lui avait été attribué lors de sa nomination.

L'arrêté du 24 septembre 2013 a bien été modifié par un arrêté du 21 janvier 2014, mais seulement pour reclasser Madame X, à compter du 1er juillet 2013, au 4ème échelon du corps des secrétaires administratifs de classe normale, par application de l'article 17 du décret n° 2009-1388 du 11 novembre 2009 portant dispositions statutaires communes à divers corps de fonctionnaires de la catégorie B de la fonction publique de l'Etat.

Par lettre du 4 février 2014, la direction des ressources humaines du ministère Y lui a indiqué que, ayant été radiée des contrôles de l'armée de terre le 30 juin 2012, veille de sa nomination en qualité de secrétaire administrative stagiaire, elle ne pouvait pas avoir été placée en position de détachement : elle a donc bénéficié à tort du maintien de son indice de solde pendant son année de stage.

Par lettre du 28 avril 2014, Madame X a demandé au directeur des ressources humaines de l'armée de terre de régulariser sa situation administrative à la date du 30 juin 2012, faisant valoir qu'elle remplissait, à cette date, toutes les conditions légales et réglementaires pour être placée dans la position de détachement qui était de droit, et de repousser sa radiation des cadres de l'armée au 30 juin 2013, veille de sa titularisation.

Par lettre du 8 juillet 2014, le directeur des ressources humaines de l'armée de terre a refusé de modifier la décision du 27 juillet 2012, au motif que celle-ci était devenue définitive faute d'avoir été contestée dans le délai du recours contentieux.

Madame X a demandé au tribunal administratif de Z l'annulation des arrêtés du 24 septembre 2013 et du 21 janvier 2014, en ce qu'ils l'ont reclassée à un échelon inférieur à celui dans lequel elle avait été classée lors de sa nomination.

La question qui se pose est donc celle de savoir si Madame X avait encore la qualité de militaire lors de sa nomination et de sa titularisation dans la fonction publique civile.

Interrogé par le Défenseur des droits, le 6 juin 2014, le ministère Y a maintenu sa position, par courriel du 17 juillet 2014.

Le Défenseur des droits a fait connaître son analyse par note récapitulative en date du 17 novembre 2014, à laquelle le ministère Y n'a pas répondu.

II. Analyse juridique

L'article L. 393 du CPMIVG dispose que le recrutement par la voie des emplois réservés constitue une obligation nationale qui permet à certaines catégories de personnes d'être recrutées de manière dérogatoire, sans concours, sur des emplois réservés à cet effet dans les corps et cadre d'emplois des trois fonctions publiques.

Conformément à l'article L. 397 du CPMIVG, « *Les emplois réservés sont (...) accessibles, dans les conditions d'âge et de délais fixées par décret en Conseil d'Etat :*

1° Aux militaires, autres que ceux mentionnés à l'article L. 394¹ ;

¹ L'article L. 394 concerne les « *invalides de guerre titulaires d'une pension militaire d'invalidité en raison de blessures reçues ou de maladies contractées en service au cours des guerres ou des expéditions déclarées campagnes de guerre par l'autorité compétente* ».

2° Aux anciens militaires, autres que ceux mentionnés à l'article L. 394, à l'exclusion, d'une part, de ceux qui ont fait l'objet d'une radiation des cadres ou d'une résiliation de contrat pour motif disciplinaire et, d'autre part, de ceux qui sont devenus fonctionnaires civils ».

Aux termes de l'article L. 401 du CPMIVG , « *Le ministre chargé Y inscrit par ordre alphabétique sur une ou plusieurs listes d'aptitude, pour une durée limitée, les candidats aux corps ou cadres d'emplois des fonctions publiques de l'Etat, territoriale et hospitalière ».*

En l'espèce, Madame X a été inscrite sur la liste nationale d'aptitude d'accès aux corps de la fonction publique le 13 avril 2012, alors qu'elle était encore dans les liens de son contrat d'engagement militaire. Elle a été recrutée dans un emploi de la fonction publique de l'Etat le 1er juillet 2012, alors qu'elle était en congé de reconversion et que son contrat d'engagement, ayant, de ce fait, été prolongé, elle avait toujours la qualité de militaire en activité, conformément à l'article L. 4138-2 du code de la Défense.

En conséquence, ayant accédé à un emploi réservé en tant que militaire et non en tant qu'ancien militaire, elle bénéficiait, de plein droit, des dispositions des articles L. 404 et L. 405 du CPMIVG, qui disposent, le premier, que «*Le candidat inscrit sur liste d'aptitude est nommé : 1° Dans la fonction publique de l' Etat, en qualité de stagiaire ou d'élève stagiaire dans le corps concerné, selon les modalités fixées par le statut particulier du corps d'accueil »*, le second, que « *Le militaire suit ce stage en position de détachement dans les conditions prévues par l'article L. 4139-4 du code de la Défense. Le militaire sous contrat bénéficie d'une prorogation de droit de son contrat jusqu'à la fin du stage ou de la scolarité obligatoire et de leur renouvellement éventuel, y compris au-delà de la limite de durée des services fixée au II de l'article L. 4139-16 du même code ».*

La décision du 27 juillet 2012 qui a rétroactivement prononcé la radiation des contrôles de Madame X le 30 juin 2012, veille de sa nomination en qualité de fonctionnaire civil et au seul motif de cette nomination, au lieu de la placer en position de détachement, a donc été prise en violation des dispositions susvisées du CPMIVG.

Certes, cette décision, qui n'a pas été attaquée dans le délai du recours contentieux, est devenue définitive. Son retrait ne peut donc intervenir, à la demande de l'intéressée, qu'à la discrétion de l'administration, dès lors que ce retrait ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

Toutefois, elle s'inscrit dans une procédure de recrutement d'un agent public, que la jurisprudence administrative qualifie généralement d'opération complexe, du fait que la décision finale ne peut intervenir qu'après l'intervention d'une ou plusieurs autres décisions spécialement prévues pour permettre la réalisation de l'opération.

La qualification d'opération complexe permet de déroger à la règle de l'irrecevabilité de la contestation de la légalité de décisions devenues définitives par le moyen de l'exception d'illégalité.

En effet, «*L'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure que si cette dernière décision a été prise pour l'application du premier acte ou s'il en constitue la base légale.(...) S'agissant d'un acte non réglementaire, l'exception n'est, en revanche, recevable que si l'acte n'est pas devenu définitif à la date à laquelle elle est invoquée, sauf dans le cas où l'acte et la décision ultérieure constituant les éléments d'une même opération complexe, l'illégalité dont l'acte serait entaché peut être invoquée en dépit du caractère définitif de cet acte »².*

² Conseil d'Etat, 30 décembre 2013, avis n° 367615

Il est donc permis de considérer qu'en l'espèce, la décision de titularisation et de classement de Madame X dans le corps des secrétaires administratifs du ministère Y est l'aboutissement de l'opération complexe de recrutement d'un fonctionnaire par la voie des emplois réservés, qui a débuté par l'inscription de ce militaire sur la liste nationale d'aptitude et qui se termine par sa titularisation.

Dans cette mesure, Madame X se trouve fondée à remettre en cause la légalité de toutes les décisions qui sont intervenues depuis son inscription sur la liste d'aptitude, en particulier, la décision de radiation des cadres du 27 juillet 2012, à l'appui du recours formé contre les arrêtés de titularisation et de reclassement du 24 septembre 2013 et du 21 janvier 2014.

Or, ainsi qu'il l'a été exposé ci-dessus, Madame X a été inscrite sur la liste nationale d'aptitude en qualité de militaire, a été recrutée sur un emploi réservé en qualité de militaire et elle a été nommée secrétaire administratif stagiaire du ministère Y par un arrêté du 6 juillet 2012, pris au visa de l'article L. 4139-3 du code de la Défense et de l'arrêté du 16 mars 2012 fixant le contingent d'emplois offerts pour l'année 2012 aux militaires candidats à des emplois civils de catégorie B relevant des services du ministère Y

Pour mémoire, il y a lieu de rappeler que l'article L. 4139-3 susvisé dispose, en son premier alinéa que « *Le militaire, à l'exception de l'officier de carrière et du militaire commissionné, peut se porter candidat pour l'accès aux emplois réservés, sur demande agréée, dans les conditions prévues par le code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre* ».

Il ne semble pas que cet arrêté de nomination ait été modifié par la suite, le ministre se bornant, dans son mémoire en défense, à soutenir que la requérante avait été considérée à tort comme relevant du statut général des militaires le 1^{er} juillet 2012, ayant été rétroactivement rayée des contrôles le 30 juin 2012 par décision du 27 juillet 2012.

A cet égard, il y a lieu d'observer que les décisions administratives ne peuvent, en principe, disposer que pour l'avenir. En matière de gestion de la carrière des agents publics, la rétroactivité d'une décision n'est admise que lorsqu'il est nécessaire de procéder à une régularisation.

En l'espèce, aucune régularisation ne s'imposait, dans la mesure où, à la date du 30 juin 2012, Madame X avait la qualité de militaire et où sa nomination dans la fonction publique civile n'avait pas pour effet de lui faire perdre sa qualité de militaire, mais au contraire, conformément à l'article L. 405 du CPMIVG, de la faire bénéficier d'une prorogation de droit de son contrat, jusqu'à la fin de son stage.

Dans ces conditions, la radiation des cadres ne s'imposait, ni à la date du 27 juillet 2012, ni à celle du 30 juin 2012.

En effet, conformément à l'article L. 4139-14 du code de la Défense, « *la cessation de l'état militaire intervient d'office dans les cas suivants : (...) 8° Lors de la titularisation dans une fonction publique ou dès la réussite à un concours de l'une des fonctions publiques pour les militaires ne bénéficiant pas du détachement prévu au premier alinéa de l'article L. 4139-1* ».

Madame X ayant été recrutée sans concours et bénéficiant d'un détachement de droit, sa radiation des cadres devait intervenir lors de sa titularisation dans son corps d'accueil (30 juin 2013).

Certes, selon l'administration, la radiation des contrôles de Madame X a été prononcée à la demande de l'intéressée elle-même, qui aurait été informée, par message du 14 mars 2012, qu'elle disposerait, lors de son recrutement sur un emploi réservé, d'une option entre, soit demander à bénéficier d'un détachement, soit demander à mettre fin à son état de militaire.

Outre que rien n'indique que ce message, qui ne lui était pas adressé, a été porté, en temps utile, à la connaissance de Madame X, force est de constater que l'option qu'il crée n'est pas prévue par le dispositif législatif et réglementaire susvisé, ce qui prive ladite option de toute base légale.

Par ailleurs, l'autorité militaire n'a, à aucun moment, démenti que la lettre du 17 juillet 2012, par laquelle Madame X demandait l'interruption de son congé de reconversion et sa radiation des contrôles, lui ait été dictée par le gestionnaire militaire, qui lui a donc présenté cette procédure comme la seule possible.

Dans ces circonstances, la demande présentée le 17 juillet 2012 par Madame X peut être regardée comme une démission provoquée par l'autorité administrative. Elle est donc affectée d'un vice du consentement, qui entache d'irrégularité la décision de radiation des cadres valant acceptation de cette « démission » (Tribunal administratif de Nantes, 24 mars 1994, publié au recueil Lebon).

Au surplus, il est permis de s'interroger sur la régularité formelle d'une décision de radiation des cadres, signée par un chef de bureau de la direction des ressources humaines de l'armée de terre, alors que l'article R. 4139-47 du code de la Défense dispose que la cessation de l'état de militaire résultant notamment des dispositions de l'article L. 4139-13 du même code (démission ou résiliation du contrat) est prononcée par arrêté du ministre de la Défense.

Il résulte de ce qui précède que Madame X doit être considérée comme ayant toujours la qualité de militaire à la veille de sa nomination puis de sa titularisation dans le corps des secrétaires administratifs du ministère Y.

Dès lors, elle a droit à être classée dans son corps d'accueil conformément aux dispositions des articles R. 4139-20 et R. 4139-20-1 du code de la Défense, c'est-à-dire à un grade et un échelon doté d'un indice égal ou à défaut immédiatement supérieur à celui dont elle bénéficiait en qualité de militaire et conserver, à titre personnel, l'indice détenu dans son grade militaire, dans l'hypothèse où l'indice afférent à l'échelon sommital de son grade d'accueil serait inférieur à celui qu'elle détenait dans son grade d'origine.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON