

Paris, le 12 décembre 2023

Décision du Défenseur des droits n°2023-109

La Défenseure 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 général de la fonction publique ;

Vu le décret n°2002-634 du 29 avril 2002 modifié portant création du compte épargne-temps dans la fonction publique de l'État et dans la magistrature ;

Vu l'arrêté du 28 août 2009 modifié par l'arrêté du 28 novembre 2018 pris pour l'application du décret du 29 avril 2002 ;

Saisie par M. X, ancien agent de Voies navigables de France, qui conteste l'absence d'indemnisation, lors de son départ en retraite pour invalidité, des quinze premiers jours épargnés sur son compte épargne-temps (CET),

Recommande à Monsieur le Ministre de la transformation et de la fonction publiques de procéder à la modification du décret n° 2002-634 du 29 avril 2002 modifié et de ses textes d'application afin de prévoir une dérogation permettant aux fonctionnaires radiés des cadres après un congé de maladie de bénéficier de l'indemnisation de la totalité des jours laissés sur leur CET.

La Défenseure des droits demande à être tenue informée des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON

Recommandations en application de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333

Le Défenseur des droits a été saisi de la réclamation de Monsieur X, ancien fonctionnaire de catégorie C, retraité de Voies navigables de France (VNF), qui dénonce comme discriminatoire le fait de n'avoir pu être indemnisé des quinze jours de congés restés sur son compte épargne-temps (CET) lors de son départ en retraite pour invalidité.

I. FAITS ET PROCÉDURE

Monsieur X, qui exerçait à la direction territoriale A de VNF, a été admis à la retraite pour invalidité à compter du 31 juillet 2019 à l'issue de ses droits à congé de longue maladie.

Par courrier du 27 mars 2019, il a demandé l'indemnisation des quinze premiers jours restés sur son CET, du fait qu'il ne pourrait les utiliser sous forme de congés conformément à la réglementation.

Cette demande a été rejetée par courrier du 6 mai 2019, au motif qu'aucune dérogation n'était prévue pour les agents en situation de maladie ou d'invalidité, la réglementation prévoyant l'indemnisation de la totalité des jours épargnés sur le CET uniquement en cas de décès (sur un cas analogue, dans le même sens, cf. cour administrative d'appel de Toulouse - CAA, 24 mai 2022, n° 20TL23259).

L'article 5 du décret n°2002-634 du 29 avril 2002 modifié portant création du CET dans la fonction publique de l'État et dans la magistrature prévoit en effet :

« Lorsque, au terme de chaque année civile, le nombre de jours inscrits sur le compte épargne-temps est inférieur ou égal à un seuil, fixé par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre chargé de la fonction publique et du ministre chargé du budget, qui ne saurait être supérieur à vingt jours, l'agent ne peut utiliser les droits ainsi épargnés que sous forme de congés, pris dans les conditions mentionnées à l'article 3 du décret du 26 octobre 1984 susvisé ».

L'arrêté du 28 novembre 2018 modifiant l'arrêté du 28 août 2009 pris pour l'application du décret du 29 avril 2002 fixe à quinze le nombre de jours épargnés qui doit être utilisé sous forme de congés annuels. Ainsi, seuls les jours se situant au-delà de ce seuil peuvent faire l'objet d'une indemnisation.

Par courriers du 27 octobre 2021 et du 11 mars 2022, les services du Défenseur des droits ont sollicité la direction générale de l'administration et de la fonction publique sur cette question, qui concerne de nombreux fonctionnaires, afin que leur soient indiquées les raisons pour lesquelles aucune dérogation n'a été prévue pour permettre aux fonctionnaires radiés des cadres en raison de leur inaptitude de bénéficier de l'indemnisation de la totalité des jours laissés sur leur CET, à l'instar de ce qui est prévu pour les ayants droit des fonctionnaires décédés en activité de service.

Aucune réponse n'a été apportée à ces courriers.

Le 2 février 2023, une note récapitulative a été adressée à la directrice générale de l'administration et de la fonction publique, qui est restée sans réponse également.

II. ANALYSE

La réglementation en vigueur ne prévoit pas de délai d'exercice des droits capitalisés sur un CET, qui sont conditionnés à la qualité d'agent public de leur détenteur. À la date de la rupture du lien avec l'administration (radiation des cadres, licenciement), le CET doit être soldé sous peine que les droits ne soient perdus.

Il ressort de cette réglementation que les fonctionnaires qui ne peuvent poursuivre leur carrière pour cause d'inaptitude ou d'impossibilité de reclassement et qui sont admis à la retraite pour invalidité à la fin d'un congé de maladie, de longue maladie ou de longue durée, perdent quinze jours de congés épargnés sur leur CET, à l'inverse des fonctionnaires qui terminent leur carrière en bonne santé et qui peuvent prévoir l'utilisation de leurs congés avant leur radiation des cadres.

En droit interne, l'article L. 131-1 du code général de la fonction publique prévoit qu'« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les agents publics en raison (...) de leur état de santé (...) ».

La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008¹ précise que « constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa², un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

Dès lors, les dispositions de l'article 5 du décret du 29 avril 2002 complétées par celles de l'arrêté du 28 novembre 2018 fixant les modalités de solde du CET paraissent de nature à créer une discrimination indirecte à l'égard des fonctionnaires admis à la retraite après un congé de maladie, lesquels se trouvent désavantagés par rapport aux fonctionnaires qui continuent à exercer leurs fonctions et peuvent prévoir la date de leur radiation des cadres en fonction des congés qu'il leur reste à prendre.

En premier lieu, il n'est pas possible d'identifier un but légitime susceptible de justifier une telle différence de traitement.

En deuxième lieu, et s'agissant du caractère approprié de la mesure, il convient de relever que certains employeurs acceptent de repousser la date de radiation des cadres au-delà de la date d'expiration des droits à congé de maladie rémunéré afin de permettre à leurs agents d'utiliser les quinze jours épargnés en congés annuels. Cette mesure de bienveillance, qui n'est prévue par aucun texte et qui est soumise aux nécessités du service (cf., pour exemple, CAA de Toulouse, 24 mai 2022, précité), montre néanmoins qu'une telle solution est possible.

¹ Portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations

² « Sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée »

Par ailleurs, une exception est prévue pour les ayants droit des fonctionnaires décédés en activité de service, l'article 10-1 du décret précisant qu'« *en cas de décès de l'agent, les droits acquis au titre de son compte épargne-temps bénéficient à ses ayants droit. Ils donnent lieu à une indemnisation (...)* ». Un ayant droit ne tenant ses droits que de son auteur³, l'impossibilité pour un agent en congé de maladie de bénéficier de ces jours de CET apparaît peu cohérente avec cette exception.

Il convient de relever que le droit à bénéficier des jours restant sur le CET, dès lors qu'il est transmissible aux ayants droit sous forme d'indemnisation, doit être réputé appartenir préalablement au patrimoine de l'auteur, que celui-ci soit vivant ou décédé. Or, la distinction opérée par les dispositions réglementaires selon que ce droit est exercé sous forme de congé ou d'indemnisation semble dépourvue de fondement juridique : elle reviendrait à considérer que, pour une modalité de ce droit uniquement (l'indemnisation), l'auteur n'en disposerait pas en son nom propre, mais pourrait la transmettre à ses ayants droit, en contradiction avec le principe selon lequel nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a.

Sur le plan du droit européen, les jours épargnés entrent dans le patrimoine de l'auteur, ils constituent des biens au sens de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui dispose : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ». Les atteintes au droit au respect des biens doivent ménager « *un juste équilibre entre la protection du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général* » (Cour européenne des droits de l'homme, 26 juin 2012, *Herrmann c. Allemagne*, 9300/07).

En l'occurrence, une atteinte sans motif légitime identifiable est portée au droit de propriété en ce que le décret ne prévoit pas d'indemnisation lorsque l'agent n'a pu utiliser la totalité de son CET alors qu'il était placé en congés pour raison de santé avant de faire valoir ses droits à la retraite. Une créance est perdue alors que l'agent était dans une position statutaire régulière.

Par ailleurs, l'application combinée de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 précité et de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui garantit le droit de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention⁴, conduit également à considérer que cette atteinte aux droits patrimoniaux est également constitutive d'une discrimination au regard de l'état de santé (cf. *Gaygusuz c. Autriche* – arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 16 septembre 1996, 17371/90).

³ Article 724 du code civil, alinéa 1, *a contrario* : « *Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt.* »

⁴ Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ; « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

Pour mémoire, l'ancien article 6 du décret (abrogé par décret n° 2008-1136 du 3 novembre 2008⁵), s'il fixait un délai d'exercice des droits capitalisés dans un délai de 10 ans à compter de l'accumulation de 40 jours ouvrés, prévoyait des dispositions de prorogation de ce délai au bénéfice des agents qui n'auraient pu, à cette échéance, utiliser les droits à congés accumulés du fait, notamment d'un congé de longue maladie. En outre, l'ancien article 7 précisait « *que les conditions de durée minimum d'accumulation et de délai, mentionnées aux articles 5 et 6, ne peuvent être opposées aux agents à la date de leur radiation des cadres, de leur licenciement, ou de fin de leur contrat* », garantissant ainsi que les droits acquis au cours d'une carrière et non consommés durant celle-ci ne soient pas perdus.

Enfin, il semble que la jurisprudence évolue en ce domaine, au rebours de décisions plus anciennes (par exemple, décision de la CAA de Paris du 5 juin 2018, n° 16PA01329). Le tribunal administratif de Paris, dans un jugement du 20 avril 2022 (n° 2002971/5-2) a reconnu la valeur patrimoniale des jours épargnés sur un CET. Il a jugé que le refus par l'administration de l'indemnisation des quinze premiers jours de congé épargnés sur un CET était constitutif d'une erreur de droit dès lors que le titulaire du CET se trouvait dans l'impossibilité de les utiliser pour des raisons indépendantes de sa volonté. Au cas d'espèce, l'impossibilité résultait d'une admission d'office à la retraite pour limite d'âge à la suite d'un congé de longue maladie. L'indemnisation est calculée dans ce cas dans les conditions de droit commun du 30^{ème} mensuel par jour.

Au regard de l'analyse ci-dessus, la Défenseure des droits considère que Monsieur X a été victime d'une discrimination à raison de son état de santé et que les modalités d'exercice des droits accumulés sur un CET constituent une discrimination entre agents publics au regard de leur état de santé. Au surplus, ces modalités induisent également une inégalité entre titulaires d'un CET et ayants droits d'un titulaire décédé et, constituent une atteinte aux droits patrimoniaux des agents placés dans l'impossibilité d'utiliser la totalité de leur CET avant de faire valoir leurs droits à la retraite.

Dès lors, afin de remédier à cette situation et de prévenir le renouvellement de situations analogues, elle recommande à Monsieur le Ministre de la transformation et de la fonction publiques de procéder à la modification du décret n° 2002-364 du 29 avril 2002 modifié et de ses textes d'application afin de prévoir une dérogation permettant aux fonctionnaires radiés des cadres après un congé de maladie de bénéficier de l'indemnisation de la totalité des jours laissés sur leur compte épargne-temps.

La Défenseure des droits demande à être tenue informée des mesures prises pour tenir compte de ses recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON

⁵ Article 6 (abrogé) : « *Les droits à congés acquis au titre du compte épargne-temps doivent être exercés avant l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la date à laquelle l'agent a accumulé un congé d'une durée minimale de quarante jours ouvrés sur son compte. A l'expiration de ce délai, le compte épargne-temps doit être soldé. L'agent qui n'a pu, à cette échéance, du fait de l'administration, utiliser les droits à congés accumulés sur son compte épargne-temps en bénéficie de plein droit. Lorsque l'agent a bénéficié de congés de présence parentale, de congés de longue maladie ou de congés de longue durée, le délai mentionné à l'alinéa précédent est prorogé d'une durée égale à celle desdits congés.* » | ⁵