

Weyl & Porcheron

Avocats à la Cour associés

Roland Weyl
France Weyl
Frédéric Weyl
Sapho Porcheron
Avocats à la Cour – R 028

Monique Picard-Weyl
Avocat à la Cour Honoraire

Monsieur le Secrétaire Général de la FNEE
Monsieur le Secrétaire Général du SNPTRI
Monsieur le Secrétaire Général du SNOPA

par mail

Paris, le 4 décembre 2009

Affaire Bonification – Pénibilité au Travail
sp /lm

Chers Amis,

J'ai examiné comme convenu l'opportunité de contester la décision de refus implicite qui semble vous avoir été opposée à votre saisine du 27 juillet 2009 du Premier Ministre.

En premier lieu sur la forme, et comme je vous l'ai indiqué lors de notre rendez vous, j'observe que :

1/ l'accusé de réception du 12 août 2009 évoque une lettre du 4 août 2009 et non du 27 juillet 2009 : s'agit il donc bien de la même ?

2/ ce même accusé de réception indique transmettre « votre démarche » au Ministre de l'Ecologie qui y aurait donc opposé un refus le 13 octobre 2009, et qui pourrait donc être contesté jusqu'au 13 décembre 2009.

3/ mais, cela suppose que votre lettre soit bien constitutive d'une demande pouvant faire l'objet d'une décision, qui elle même puisse être contestée devant les juridictions. Or je suis particulièrement réservée sur l'existence même d'une demande.

T 33 (0) 1 42 78 04 50
F 33 (0) 1 42 78 03 57
cabinet@weyl-porcheron.fr
160 rue du Temple - 75003 Paris

Membres d'une association agréée - acceptent le règlement des honoraires par chèque

En effet vous saisissez le Premier Ministre d'une « revendication », et c'est d'ailleurs certainement pourquoi la lettre du 12 août évoque une démarche, transmise au Ministre de l'Ecologie aux fins d'examen, et dont il vous est indiqué que vous serez informé des suites qui y seront données.

En outre, et comme vous trouverez en annexe, la bonification accordée à différents corps de fonctionnaires a généralement été créée par le législateur, ce qui exclut de fait que le Premier Ministre puisse faire droit à une demande pour laquelle le pouvoir réglementaire n'aurait pas compétence.

Dans la mesure néanmoins où pour les sapeurs pompiers, elle résulte d'un décret, on pourrait en déduire que le pouvoir réglementaire peut l'instituer. Mais la bonification résultait initialement d'une loi, qui a ensuite été reprise par un décret.

Or la Constitution prévoit la possibilité que des dispositions d'origine législative puissent ensuite être modifiées par le pouvoir réglementaire.

Se pose donc la question première de déterminer si l'institution d'une telle bonification peut avoir lieu par voie de décret. A cela, l'article 34 de la Constitution précise que la loi fixe les principes fondamentaux régissant la sécurité sociale, ce dont il peut se déduire que rien n'interdit que la bonification puisse être instituée par voie réglementaire.

Cet aspect ne doit néanmoins pas être négligé : aucune garantie n'est donnée que la question de la compétence gouvernementale soit tranchée par le Conseil d'Etat à votre faveur.

Sous ces observations, cela supposerait donc de saisir le Premier Ministre d'une demande qu'il prenne un décret instituant une bonification de 5 années pour vos corps, et qu'en cas de refus de prendre un tel décret vous contestiez ce refus devant le Conseil d'Etat aux fins d'annulation du refus et d'injonction au Gouvernement de prendre un tel décret.

Je confirme de nouveau qu'une telle démarche est plus qu'aléatoire et ne peut en toute hypothèse être engagée que comme s'inscrivant dans une démarche politique plus globale, et comme un moyen de pression, avec le risque en cas d'échec judiciaire que les pouvoirs publics s'emparent de celui-ci pour refuser des négociations sur la pénibilité au travail.

Je ne pense donc pas opportun en l'état de contester une décision qui n'en est en réalité pas une, et il me semble qu'il convient d'apprécier si sur le fond une nouvelle demande aurait quelque chance de succès.

En second lieu, sur le fond, vous considérez que vos corps devraient bénéficier d'une telle bonification eu égard au principe de non discrimination.

A cet égard il convient d'abord de rappeler quels sont les textes généraux applicables en la matière.

Il paraît difficile de pouvoir se fonder sur le principe à valeur constitutionnelle d'égalité de traitement entre les fonctionnaires, puisque celui-ci ne vaut qu'entre les fonctionnaires d'un même corps.

De même la directive 2000/78//CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement dans l'emploi et le travail paraît difficilement applicable puisqu'elle sanctionne les discriminations à raison du sexe de la nationalité de l'âge.

Il convient donc davantage de se fonder sur le principe de non discrimination affirmé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 et par l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Ce principe est également en partie repris par loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant transposition de certaines normes communautaires en matière de non discrimination qui sanctionne les discriminations directes comme indirectes.

Mais ce principe suppose qu'à situation égale, les personnes soient traitées de la même manière.

Il s'en déduit qu'il faut être en mesure d'établir que la situation des agents et celle des corps de fonctionnaires bénéficiant de la bonification sont comparables au regard de cette bonification. Or l'examen des textes ne rend pas cette démonstration évidente. En effet

1/ Justification textuelle de la bonification du 1/5

Ce critère pourrait se trouver dans la justification qui est donnée à la bonification. Or, il ressort de l'inventaire des textes ci-annexés que cette bonification n'est pas justifiée par les textes eux-mêmes. En effet, ceux-ci se contentent de poser le principe d'une bonification du 1/5 dans la limite de cinq annuités. De plus, les conditions permettant d'en bénéficier diffèrent selon les corps concernés : 15 ou 25 ans de service effectif, retenue supplémentaire ou non, dégressivité...

Ainsi, et cela constitue un obstacle majeur, il n'est pas possible d'établir une discrimination en se fondant sur les textes eux-mêmes.

Dès lors, il s'agit de chercher des critères objectifs justifiant que certains corps bénéficient de cette bonification.

2/ Missions exercées

On peut noter que les corps concernés sont chargés de mission de sécurité touchant à des fonctions régaliennes de l'État : police, gendarmerie, surveillants pénitentiaires, sapeurs pompiers et contrôleurs aériens.

Or, ni les agents d'exploitation, ni les ouvriers d'État ne peuvent se prévaloir d'exercer de telles missions et ne pourront, de ce point de vue, pas être dans une situation comparable à celle de ces corps.

La situation des agents du corps des syndics de gens de mer et des contrôleurs des affaires maritimes est différente sur ce point. En effet, ces derniers sont susceptibles d'exercer des missions de surveillance relatives aux pouvoirs régaliens de l'État en vertu respectivement des articles 4 et 5 des décrets n°2000-508 du 8 juin 2000 et n°2000-572 du 26 juin 2000 :

Article 4

Les contrôleurs des affaires maritimes [et les syndics des gens de mer] participent (...) à l'exécution des missions de l'Etat à terre et en mer en matière de police, de sauvegarde des biens et des personnes et de réglementation des pêches et des cultures marines. (...)

Les contrôleurs des affaires maritimes [et les syndics des gens de mer] sont assermentés. Ils sont habilités, dans les conditions prévues par l'article 28 du code de procédure pénale, à rechercher et constater les infractions aux lois et règlements qu'ils sont chargés de faire appliquer.

Article 5

Les contrôleurs des affaires maritimes [et les syndics des gens de mer], lorsqu'ils exercent des fonctions impliquant que leur qualité de fonctionnaires des affaires maritimes soit apparente, doivent porter l'uniforme et les insignes de leur grade, dans des conditions fixées par un arrêté du ministre chargé de la mer.

Ils peuvent et, pour ceux d'entre eux qui exercent les fonctions relevant de la spécialité navigation et sécurité, doivent être armés. Les conditions du port d'arme sont fixées par un arrêté du ministre chargé de l'intérieur et du ministre chargé de la mer.

Ainsi, ces agents pourraient se prévaloir des missions qu'ils accomplissent afin de bénéficier de la bonification du 1/5. Il s'agit en effet d'un critère relativement objectif de comparaison entre les différents corps concernés duquel on pourrait déduire qu'à situation égale, le traitement est différent et qu'il y a donc discrimination.

C'est d'ailleurs notamment en se fondant sur leur qualité d'agents exerçant des missions de surveillance que les douaniers de surveillance se sont vus octroyer cette bonification (cf. travaux parlementaires et rapport du Sénat).

3/ Sujétions particulières

En raison de leurs missions, certains des corps bénéficiant de la bonification du 1/5 peuvent être assujettis à des règles particulières en matière de droit de grève. Les statuts respectifs des policiers, gendarmes et surveillants pénitentiaires leur interdisent de faire grève, celui des contrôleurs aériens leur impose un service minimum.

Ce point n'est nullement à négliger. Lors de l'adoption de la loi de 1964 instituant la bonification pour les contrôleurs aériens, le lien était clairement fait entre les missions des contrôleurs, leurs sujétions particulières (dont un droit de grève restreint) et la bonification.

De même, alors que les agents des douanes exerçant des missions de surveillance revendiquaient depuis longtemps cette bonification, celle-ci leur a été accordée en 2003 uniquement en contrepartie d'une interdiction de participer à un mouvement de grève. Bien que mis en œuvre dans le cadre d'une instruction ministérielle, il ressort expressément des travaux parlementaires que cette limitation du droit de grève était un des arguments justifiant la bonification.

A ma connaissance, les contrôleurs des affaires maritimes et les syndic des gens de mer n'ont pas de restriction particulière dans l'exercice de leur droit de grève. Ainsi, il n'est pas exclu que cela leur soit opposé.

4/ Limite d'âge

En vertu de la loi n°84-834 du 13 septembre 1984, il existe deux limites d'âge : 65 ans pour les catégories dites sédentaires et 60 ans pour les catégories actives.

Or, certains des corps concernés par la bonification sont astreints à une limite d'âge dérogatoire par rapport à celle de la catégorie active. Ainsi, ils doivent être radiés des cadres avant 60 ans (voir tableau ci-joint).

Dans son rapport de 2003 sur les pensions des fonctionnaires civils de l'État, la Cour des comptes estime que la bonification du 1/5 constitue une contrepartie à ces limites d'âge dérogatoires. Il s'agirait de ne pas pénaliser des agents qui sont obligatoirement radiés des cadres avant leur 60ème anniversaire et de leur permettre de partir à la retraite en bénéficiant du même nombre d'annuités que si leur limite d'âge était de 60 ans. Toutefois, cet argument ne vaut pas pour tous les corps bénéficiant de la bonification (sapeurs pompiers, douaniers de surveillance).

Si les agents d'exploitation ont la possibilité de partir à la retraite dès 55 ans en raison de leur classification dans la catégorie active, ils ne sont pas pour autant soumis à une limite d'âge dérogatoire, celle-ci étant de 60 ans. On ne peut donc se fonder sur cet argument pour invoquer une discrimination.

Quant aux ouvriers d'État, n'étant pas classés dans la catégorie active, leur limite d'âge est de 65 ans. Toutefois, en vertu de l'article 1 alinéa 2 du décret n°2004-1057 du 5 octobre 2004, certains d'entre eux ont une limite d'âge dérogatoire, à savoir 60 ans à condition d'avoir accompli 15 ans de service « *dans des emplois comportant des risques particuliers d'insalubrité* ». La liste des emplois concernés est fixée par l'annexe au décret n°67-711 du 18 août 1967.

Ainsi, ces agents sont assujettis à un âge limite dérogatoire mais celui-ci n'étant pas inférieur à 60 ans, cela ne constitue pas un critère de référence suffisant pour invoquer une discrimination et le bénéfice de la bonification du 1/5.

5/ Service actif

Concernant les conditions du travail, il est vrai que, tout comme les personnels d'exploitation, les contrôleurs des affaires maritimes et les syndics des gens de mer, tous les corps bénéficiant de la bonification sont classés dans la catégorie active prévue à l'article L. 24-I-1° du Code des pensions civiles et militaires :

« I. - La liquidation de la pension intervient :

1° Lorsque le fonctionnaire civil est radié des cadres par limite d'âge, ou s'il a atteint, à la date de l'admission à la retraite, l'âge de soixante ans, ou de cinquante-cinq ans s'il a accompli au moins quinze ans de services dans des emplois classés dans la catégorie active.

Sont classés dans la catégorie active les emplois présentant un risque particulier ou des fatigues exceptionnelles. »

L'étude sur les accidents de travail et décès des agents d'exploitation confirme d'ailleurs qu'au regard des critères de risque particulier et de fatigues exceptionnelles leur classement dans la catégorie active demeure pleinement justifié.

Toutefois, il ne faudrait pas confondre classement dans la catégorie active et bonification du 1/5 comme semble le faire le document justifiant le dispositif proposé et selon lequel *« le code des pensions civiles et militaires montre que, pour les catégories déjà bénéficiaires d'un tel régime, le critère principal est la dangerosité et la pénibilité des missions exercées »*.

En effet, le Code des pensions subordonne le classement dans la catégorie active aux critères de « risque particulier » et « fatigues exceptionnelles », mais nullement à l'octroi de la bonification du 1/5. Au demeurant, seuls les militaires bénéficient de cette bonification en vertu du code des pensions, les autres ayant été instituées par des textes particuliers.

De plus, de nombreux autres corps sont classés dans la catégorie active (instituteurs, préposés aux PTT....) sans bénéficier de la bonification du 1/5. Ainsi, il ne s'agit pas d'un critère suffisant pour justifier d'une discrimination à l'encontre des agents d'exploitation.

Quant aux ouvriers des ponts et chaussées qui sont soumis à une limite d'âge de 60 ans, ils sont alignés sur le régime des personnels classés dans la catégorie active sans pour autant pouvoir partir à la retraite plus tôt (sauf cas particulier du dispositif amiante). Ils sont donc dans la situation particulière où leur âge limite correspond à l'âge d'ouverture de leurs droits. Il paraît donc justifié qu'ils demandent à bénéficier pleinement du régime du service actif.

En effet, le placement en catégorie active répond aux critères précis ci-dessus indiqués : « *risque particulier ou fatigue exceptionnelle* ». Or, la limite d'âge de 60 ans est imposée aux « *emplois comportant des risques particuliers d'insalubrité* ».

Depuis une loi du 31 mars 1932, le placement en catégorie active s'effectue par la voie de décret en conseil d'État. Toutefois, le classement en catégorie active est souvent une survivance de textes anciens.

6/ Pénibilité

Il s'agit d'un concept relativement récent qui ne fait l'objet d'aucune définition juridique. Le rapport de la mission de l'Assemblée Nationale sur la pénibilité au travail (qui était surtout relative au secteur privé) en proposait la définition suivante :

« la pénibilité au travail est le résultat de sollicitations physiques ou psychiques qui, soit en raison de leur nature, soit en raison de la demande sociale, sont excessives en regard de la physiologie humaine et laissent, à ce titre, des traces durables, identifiables et irréversibles sur la santé et l'espérance de vie d'un travailleur ».

Ainsi, la notion de pénibilité tend à recouvrir une réalité plus large que celle de service actif. Il est donc logique que les agents d'exploitation qui sont à juste titre classés dans la catégorie active répondent aux conditions d'un travail pénible, notamment au regard « *des traces durables, identifiables et irréversibles sur [leur] santé et espérance de vie* ».

Cela étant, il convient d'examiner quelles sont les conséquences que l'on pourrait tirer de ce constat de pénibilité.

L'association de la bonification du 1/5 à la pénibilité de l'emploi relève plus des revendications faites par les différents corps.

En effet les textes instituant la bonification ne permettent aucunement d'induire qu'elle constitue une contrepartie à la pénibilité du travail.

Cela ressort au mieux des travaux parlementaires comme en témoigne le rapport du Sénat relatif au futur article 24 de la loi n°96-452 du 28 mai 1996 sur les surveillants pénitentiaires selon lequel cet article « *donne ainsi satisfaction à une revendication de ces fonctionnaires qui réclament depuis longtemps la prise en compte de la pénibilité particulière de leurs conditions de travail* ».

Mais, on ne peut occulter que ces travaux parlementaires constituent un fondement juridique fragile.

De son côté, la jurisprudence a rarement eu à se prononcer sur la question de la bonification du 1/5 et en tout état de cause pas sur sa raison d'être. En général, il y fait référence uniquement en terme de « bonification d'ancienneté », tout comme les différentes bonifications instituées par l'article 12 du Code des pensions civiles et militaires.

En conclusion

En l'absence de critères permettant d'établir que la situation des agents d'exploitation est comparable à celles des corps bénéficiant de la bonification, il me semble que les éléments pour introduire un recours fondé sur une discrimination sont très fragiles et insuffisants.

De même, les ouvriers d'État ne peuvent se prévaloir d'être dans une situation comparable à celle des corps bénéficiant actuellement de la bonification mais pourraient revendiquer le classement en catégorie active. Ils se retrouveraient toutefois dans la situation des agents d'exploitation c'est-à-dire d'une possibilité de départ à la retraite mais pas à taux plein.

Il me semble en revanche que les contrôleurs des affaires maritimes et les syndics des gens de mer pourraient se prévaloir des missions de surveillance et de contrôle qu'ils exercent pour établir une discrimination avec des corps exerçant des missions comparables dans la mesure où cela constitue un critère relativement objectif. Il faut tout de même observer qu'à l'inverse de certains autres corps, ils ne sont pas soumis à une limite d'âge dérogatoire et à des conditions d'exercice du droit de grève dérogatoires.

Je reste bien entendu à votre disposition pour compléter cette analyse selon les éléments complémentaires dont vous pourriez me saisir, et en toute hypothèse pour échanger de vive voix sur celle-ci si vous le souhaitez.

Dans l'attente,

Bien à vous

Pour l'association,

Sapho PORCHERON
Avocat à la Cour

Annexe : Textes instituant la bonification du 1/5

a) Les militaires

L'article 12 du Code des pensions civiles et militaires est la seule disposition de ce code (qui constitue le droit commun des retraites) à prévoir une bonification du cinquième, les autres ayant été instituées par des textes particuliers :

« Aux services effectifs s'ajoutent, dans les conditions déterminées par un décret en Conseil d'Etat, les bonifications ci-après : (...)

i) Une bonification du cinquième du temps de service accompli est accordée dans la limite de cinq annuités à tous les militaires à la condition qu'ils aient accompli au moins quinze ans de services militaires effectifs ou qu'ils aient été rayés des cadres pour invalidité ; le maximum de bonifications est donné aux militaires qui quittent le service à cinquante-sept ans ; la bonification est diminuée d'une annuité pour chaque année supplémentaire de service jusqu'à l'âge de soixante ans. »

b) les agents des services actifs de police

La bonification a été instituée par l'article 1 de la loi n°57-444 du 8 avril 1957 instituant un régime particulier de retraites en faveur des personnels actifs de police :

« Les agents des services actifs de police de la préfecture de police, soumis à la loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948 dont la limite d'âge était, au 1er décembre 1956, égale à cinquante-cinq ans, bénéficient, à compter du 1er janvier 1957, s'ils ont droit à une pension d'ancienneté ou à une pension proportionnelle pour invalidité ou par limite d'âge, d'une bonification pour la liquidation de ladite pension, égale à un cinquième du temps qu'ils ont effectivement passé en position d'activité dans des services actifs de police. Cette bonification ne pourra être supérieure à cinq annuités ».

Pour en bénéficier, les agents doivent justifier de 25 ans de service effectifs et se trouver à cinq ans au plus de la limite d'âge de leur grade (article 2). En contrepartie, ils sont assujettis à une retenue supplémentaire de 1%.

c) Les ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne

La bonification, instituée par la loi n°64-650 du 2 juillet 1964, se retrouve désormais à l'article 5 de la loi n°89-1007 du 31 décembre 1989 relative au corps des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne :

« Les ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne bénéficient, dans la limite de cinq années, d'une bonification pour la liquidation de leur pension égale au cinquième des services effectifs qu'ils ont accomplis en cette qualité ; sont assimilés à ces services les services actifs ou de la catégorie B prévus à l'article L. 24 du code des pensions civiles et

militaires de retraite accomplis préalablement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi en tant que technicien de la navigation aérienne, officier contrôleur de la circulation aérienne ou officier contrôleur en chef de la circulation aérienne. »

d) Les surveillants pénitentiaires

La bonification a été instituée par l'article 24 de la loi n°96-452 du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire

« I. - La limite d'âge des fonctionnaires appartenant aux corps du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire est fixée à cinquante-cinq ans.

II. - Les fonctionnaires des corps mentionnés au I ci-dessus bénéficient, s'ils sont radiés des cadres par limite d'âge ou par invalidité, d'une bonification pour la liquidation de la pension égale au cinquième du temps qu'ils ont effectivement passé en position d'activité dans ces corps.

Cette bonification ne peut être supérieure à cinq annuités. Les services accomplis au-delà de la limite d'âge ne sont pas pris en compte pour le calcul de la bonification.

Par dérogation au 1° du I de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite, la liquidation de la pension civile intervient pour les fonctionnaires de ces corps qui sont admis à la retraite sur leur demande s'ils justifient de vingt-cinq années de services effectifs en position d'activité dans ces corps ou de services militaires obligatoires et s'ils se trouvent à moins de cinq ans de la limite d'âge de leur corps prévue au I du présent article. La bonification peut leur être accordée ainsi qu'aux fonctionnaires remplissant les mêmes conditions et dont la pension peut être liquidée au titre du 3° du I de l'article L. 24 précité. »

e) Les sapeur pompiers professionnels

La bonification, instituée par la loi n°83-1179 du 29 décembre 1983 et le décret n°86-169 du 5 février 1986, se retrouve désormais à l'article 15-II du décret n°2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales :

« II. - S'ajoutent également aux services effectifs : (...)

2° Pour les sapeurs-pompiers professionnels, une bonification du cinquième du temps de service effectivement accompli en qualité de sapeurs-pompiers professionnels, attribuée :

a) Aux sapeurs-pompiers professionnels admis à la retraite à compter de cinquante-cinq ans, qui ont accompli cent trimestres de services effectifs, pris en compte dans la constitution de leurs droits à pension, dont soixante en qualité de sapeurs-pompiers professionnels ;

b) Aux sapeurs-pompiers professionnels admis au bénéfice du congé pour raison opérationnelle, mis à la retraite et radiés des cadres à la fin du mois de leur cinquante-

cinquième anniversaire et qui ont accompli cent trimestres de services effectifs, pris en compte dans la constitution de leurs droits à pension, dont soixante en qualité de sapeurs-pompiers professionnels ;

c) Sans condition d'âge et de durée de service aux sapeurs-pompiers professionnels radiés des cadres pour invalidité imputable au service ;

d) Sans condition de durée de services aux anciens sapeurs-pompiers professionnels ayant perdu cette qualité à la suite d'un accident de service ou d'une maladie reconnue d'origine professionnelle, sous réserve de l'application du 1° de l'article 7.

Cette bonification ne peut dépasser vingt trimestres ni avoir pour effet de porter le nombre des trimestres liquidables dans la pension au-delà du maximum prévu à l'article 16. »

f) Les agents des douanes exerçant des fonctions de surveillance

La bonification a été instituée par l'article 93 de la loi n°2003-1312 du 30 décembre 2003 de Finances rectificative pour 2003 :

« I. - Les fonctionnaires appartenant aux corps des douanes exerçant ou ayant exercé des fonctions de surveillance bénéficient, à compter de l'âge de cinquante-cinq ans et dans la limite de vingt trimestres, d'une bonification du cinquième du temps de service effectivement accompli en position d'activité dans ces fonctions. Cette bonification est subordonnée à la condition qu'ils aient accompli au moins vingt-cinq ans de services publics effectifs dont quinze ans de services dans un emploi de surveillance des douanes classé en catégorie active. (...)

Les fonctionnaires des douanes exerçant des fonctions de surveillance sont assujettis, à compter du 1er janvier 2004, à une retenue supplémentaire pour pension, assise sur le traitement et l'indemnité de risques, dont le taux est fixé par décret. »