



ASSEMBLÉE NATIONALE

13ème législature

délits

Question écrite n° 65062

Texte de la question

M. Jean Gaubert attire l'attention de Mme la ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, sur la question de l'illégalité d'une position administrative et les conséquences en termes de rémunération. La fonction publique territoriale est composée pour l'essentiel d'agents titulaires et non titulaires. Il ressort de la jurisprudence que les agents ne peuvent bénéficier de concert de ces deux positions administratives. Ainsi un agent bénéficiant d'un contrat lui permettant de percevoir une rémunération de loin bien supérieure à celle qu'il aurait été en droit de prétendre au titre de sa position de titulaire, qui n'ignorait rien de l'illégalité de sa position administrative, lui procurant un avantage financier certain, pourrait-il être confondu du délit de concussion prévu à l'article 432-10 du code pénal ? Au surplus, les agents des collectivités locales, en fonction de leur position administrative, sont affiliés au titre de leurs pensions soit à la CNRACL soit à l'IRCANTEC. Ainsi la pension d'un agent titulaire, bénéficiant à tort d'un contrat de loin bien plus rémunérateur que ce qu'il aurait été en droit de prétendre percevoir au titre de son véritable cadre d'emploi, verra-t-il sa pension calculée sur la base de ce contrat pour la période concernée et le faire bénéficier d'un avantage financier non négligeable ? Dès lors que l'agent concerné ne pouvait ignorer l'illégalité de sa position administrative, de son rattachement à l'IRCANTEC dès lors tout aussi illégal, pourrait-il également être confondu du délit de concussion ? Il la remercie de bien vouloir répondre à l'ensemble de ces interrogations.

Texte de la réponse

Le ministre du travail, de la solidarité et de la fonction publique a pris connaissance avec intérêt de la question relative à l'illégalité d'une position administrative et les conséquences en termes de rémunération. La qualification pénale des faits ressortant de la seule compétence des juridictions judiciaires, les services de l'État n'ont pas qualité pour se prononcer sur la constitution ou non du délit sanctionné par l'article 432-10 du code pénal dans l'hypothèse où un fonctionnaire territorial ne respecterait pas les règles relatives aux positions statutaires et aux restrictions en matière de cumul. Sur ce point, il convient de souligner que la loi n° 84-53 du 16 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale permet de pourvoir certains emplois fonctionnels par le recrutement d'un fonctionnaire soit par voie de détachement soit par recrutement direct. Dans ce dernier cas, le fonctionnaire doit préalablement être placé en disponibilité par sa collectivité ce qui permet d'assimiler sa situation à celle d'un non-titulaire pour la période durant laquelle il tiendra l'emploi en question. S'agissant de la constitution des droits à la retraite, le fonctionnaire placé en position de détachement continue à bénéficier de ses droits à la retraite dans son cadre d'emplois d'origine. Conformément à l'article 65 de la loi du 16 janvier 1984, sauf dans le cas où il est détaché dans une administration implantée sur le territoire d'un État étranger, le fonctionnaire territorial ne peut être affilié au régime de retraite dont relève la fonction de détachement ni acquérir à ce titre de droit à pension, sous peine de suspension de la pension de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales (CNRACL). En revanche, le fonctionnaire placé en position de disponibilité cesse de bénéficier dans cette position de ses droits à la retraite. S'il est recruté en qualité de non-titulaire dans les conditions prévues par l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984, en application des dispositions combinées des articles L. 311-2, L. 311-3 et L. 921-1 du code de

sécurité sociale et du décret n° 70-1277 du 23 décembre 1970 portant création de l'Institution de retraite complémentaire des agents non titulaires de l'État et des collectivités publiques (IRCANTEC), il est obligatoirement affilié à ce régime complémentaire durant la durée de son contrat. La non-affiliation peut engager la responsabilité de l'employeur. La Cour de cassation a par ailleurs confirmé qu'un agent non titulaire d'une collectivité territoriale affilié à l'IRCANTEC bénéficie de ce régime de retraite complémentaire dès lors que, pour les mêmes services, il n'était pas affilié au régime spécial de la CNRACL (Arrêt, Cour de cassation, deuxième chambre civile, n° 08-11762, 12 février 2009).

Données clés

Auteur : [M. Jean Gaubert](#)

Circonscription : Côtes-d'Armor (2^e circonscription) - Socialiste, radical, citoyen et divers gauche

Type de question : Question écrite

Numéro de la question : 65062

Rubrique : Droit pénal

Ministère interrogé : Justice et libertés (garde des sceaux)

Ministère attributaire : Travail, solidarité et fonction publique

Date(s) clé(s)

Question publiée le : 1er décembre 2009, page 11336

Réponse publiée le : 6 juillet 2010, page 7682