

# Le droit souple au secours du règlement ? De l'usage approprié des lignes directrices pour les congés bonifiés

Edwin Matutano

► **To cite this version:**

Edwin Matutano. Le droit souple au secours du règlement ? De l'usage approprié des lignes directrices pour les congés bonifiés. *Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien "* (LexOI), 2015, pp.143-156. hal-02547862

**HAL Id: hal-02547862**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02547862>**

Submitted on 20 Apr 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Le droit souple au secours du règlement ?  
De l'usage approprié des lignes directrices pour  
les congés bonifiés**

**Edwin MATUTANO**

*Docteur en droit  
Avocat à la cour*

Résumé :

*À la faveur de ses réflexions sur le droit souple, le Conseil d'État, dans son rapport annuel pour 2013, a paru donner le signal du renouveau pour l'usage des directives dans l'Administration. Depuis lors, sa jurisprudence a consacré ce choix en les dénommant « lignes directrices » et en précisant la définition de ces actes administratifs, à mi-chemin entre décisions et circulaires. La gestion des congés bonifiés, auxquels ont droit des fonctionnaires exerçant dans certaines collectivités territoriales ultramarines ou, s'ils ont des attaches dans ces collectivités territoriales, en métropole, présente les caractéristiques idoines pour devenir le terrain d'élection du recours à l'une de ces lignes directrices.*

Summary :

*The Council of State, which had been delving into the question of soft law, appeared to bring the use of directives in the Administration back to the fore in its 2013 annual report. Since then, its jurisprudence confirmed this inclination by calling directives "guidelines" and by clarifying the definition of these administrative acts located halfway between decisions and memorandums.*

*Directives might eventually be used to manage the supplementary leave some civil servants working in overseas territorial collectivities or attached to these collectivities' antennas in mainland France are entitled to.*

Les spécialistes du droit de la fonction publique de l'État et de la gestion des ressources humaines des administrations connaissent bien les congés bonifiés, institués par le décret n° 78-399 en date du 20 mars 1978, lequel les a substitués aux congés administratifs antérieurement prévus par l'article 8 du décret n° 47-2412 du 31 décembre 1947 fixant à titre provisoire le régime de rémunération et les avantages accessoires des personnels de l'État en service dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de La Réunion.

Un décret n° 87-482 du 1<sup>er</sup> juillet 1987 en a, partiellement, étendu le bénéfice aux fonctionnaires hospitaliers et le décret n° 88-168 du 15 février 1988 pris pour l'application des dispositions du deuxième alinéa du 1<sup>o</sup> de l'article 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale en a fait de même au profit des fonctionnaires territoriaux.

Ces congés bonifiés font périodiquement l'objet de critiques, dus à leur coût, en des temps où la gestion des deniers publics commande des restrictions et des économies.

À telle enseigne que sous la législature précédente, un avant-projet du Gouvernement<sup>1</sup> tendait à remodeler les dispositions réglementaires précitées de manière à limiter l'octroi de ces congés, dont la raison d'être est de permettre à des fonctionnaires, initialement ceux de l'État, en exercice dans un département d'outre-mer ou à Saint-Pierre-et-Miquelon, à Saint-Barthélemy ou à Saint-Martin et ayant leur résidence habituelle hors de la collectivité territoriale où ils exercent, de bénéficier, tous les trois ans, d'un congé dit « bonifié » comportant la prise en charge par l'administration qui les emploie des frais de voyage y afférents, entre la collectivité territoriale où ils accomplissent leurs fonctions et le territoire où ils possèdent leur résidence habituelle ou entre le territoire européen de la France et la collectivité territoriale où ils exercent et où ils possèdent leur résidence habituelle. De surcroît, ces congés sont rémunérés, la rémunération étant, le cas échéant, augmentée des coefficients de majoration des traitements applicables dans les collectivités territoriales concernées.

Si des décrets ont institué cet avantage aux agents titulaires des trois fonctions publiques, les conditions de son octroi donnent lieu à des applications disparates et inégales, car les conditions présidant à son attribution n'ont pas été précisées par les textes réglementaires en vigueur. C'est ainsi que la notion centrale de « résidence habituelle » n'a pas été définie, sinon en indiquant qu'elle correspondait au lieu où le fonctionnaire possède le centre de ses intérêts moraux et matériels, ce qui a contribué à déplacer la difficulté, les règlements en vigueur n'ayant pas davantage défini cette dernière notion.

De surcroît, accordé d'abord aux fonctionnaires de l'État, puis, par étapes et seulement partiellement, aux fonctionnaires hospitaliers et territoriaux, en ignorant la situation de Mayotte, qui, alors, n'était pas un Département, le bénéfice du droit à ces congés bonifiés n'est pas d'application uniforme dans les trois fonctions publiques et au sein des personnes publiques concernées.

C'est la raison pour laquelle, des actes à portée non impérative (circulaires, avis) sont venus apporter des précisions et poser des critères pour l'attribution ou le refus de l'octroi de cet avantage.

---

<sup>1</sup> Cf. Rép. min. n° 44945 : JOAN Q 19 mai 2009, p. 4956.

Néanmoins, ne pouvant décider en lieu et place d'un texte réglementaire, ces actes dont la normativité n'est pas aussi solidement établie, ne peuvent encadrer efficacement l'action des administrations employeurs.

Une solution serait évidemment de modifier les décrets précités en harmonisant les pratiques et en rendant homogènes les règles applicables aux trois fonctions publiques. Elle permettrait également de conforter la légalité, aujourd'hui douteuse, de dispositions, en raison de ce qu'elles trouvent leur source, non dans un texte réglementaire, mais dans une circulaire.

Toutefois, cette solution présenterait le risque d'ouvrir une fois de plus des débats sur le point de savoir s'il serait opportun de maintenir ou non cet avantage, en son principe même, prenant ainsi le plus souvent en otage les fonctionnaires originaires des collectivités ultramarines concernées. Et l'on comprendrait que le Gouvernement veuille éviter de tels débats dont l'Administration ne sortirait pas grandie.

Mais, le droit des actes administratifs offre une possibilité qui paraît adaptée à ce cas, souvent épineux pour les gestionnaires et à l'origine d'injustices vivement ressenties de la part des agents.

Il s'agit de l'emploi des lignes directrices, désormais intitulées comme telles par le Conseil d'État, tant au travers de son rapport annuel<sup>2</sup> que de sa jurisprudence<sup>3</sup>.

Ces lignes directrices, continuatrices des directives de la jurisprudence « Crédit foncier de France<sup>4</sup> », constituent par le mélange de souplesse et de rigueur qui les caractérise, des actes en phase avec les contraintes qui pèsent sur les administrations ayant en charge l'octroi des congés bonifiés.

Dans cette perspective, la présente étude se propose, dans un premier temps, de dresser l'état du droit et ses incertitudes, avant de démontrer l'apport et le progrès, au regard de la situation actuelle, que constituerait l'utilisation d'une ligne directrice en ce domaine.

## **I.- Les congés bonifiés : un avantage inégalement réparti et accordé inéquitablement**

D'un examen attentif du corpus de textes applicable aux congés bonifiés, il résulte que les conditions de leur octroi sont soumises à des variations, lesquelles

---

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, Paris, La Documentation française, n° 64.

<sup>3</sup> CE, 19 septembre 2014, *M.A. et Association pour l'enseignement français à l'étranger*, req. n° 364385.

<sup>4</sup> CE Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France c/ M<sup>lle</sup> Gaupillat et M<sup>me</sup> Ader*, req. n° 78880, p. 750.

résultent, tout d'abord, des dispositions réglementaires elles-mêmes, cependant que d'autres sont issues de pratiques ou d'actes administratifs relevant du droit dit « souple ».

### **A.- Les distorsions nées des règlements en vigueur**

En premier lieu, *rationae personae*, le décret n° 78-399 en date du 20 mars 1978, pour les fonctionnaires de l'État et les décrets équivalents pour les fonctionnaires hospitaliers et territoriaux (respectivement, décrets n° 87-482 du 1<sup>er</sup> juillet 1987 et n° 88-168 du 15 février 1988) ont réservé cet avantage aux fonctionnaires, les agents non titulaires des trois fonctions publiques en étant exclus.

En outre, ainsi qu'il l'a été indiqué précédemment, les décrets des 1<sup>er</sup> juillet 1987 et 15 février 1988 se sont contentés d'une extension partielle aux fonctions publiques hospitalière et territoriale.

Effectivement, ces deux décrets n'ont étendu le bénéfice des congés bonifiés qu'aux seuls fonctionnaires exerçant en métropole tout en ayant leur résidence habituelle, c'est-à-dire, le centre de leurs intérêts moraux et matériels, dans un département d'outre-mer.

Dans la fonction publique de l'État, en revanche, les fonctionnaires qui exercent dans un département d'outre-mer, à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon, à Saint-Martin et à Saint-Barthélemy tout en ayant leur résidence habituelle en métropole peuvent se voir accorder l'octroi de cet avantage. Il existe donc une dissymétrie voulue par les textes entre la fonction publique de l'État d'une part et les fonctions publiques territoriale et hospitalière d'autre part.

Et l'on se doit d'ajouter que le décret du 20 mars 1978 prévoit d'autoriser les fonctionnaires possédant leur résidence habituelle dans une des collectivités territoriales ultramarines concernées et y exerçant, à passer un congé bonifié en métropole. De même en est-il des fonctionnaires dont la résidence habituelle se trouve dans une des huit collectivités territoriales d'outre-mer visées et qui exercent dans une autre de ces mêmes collectivités territoriales<sup>5</sup>. Par là, le régime applicable aux congés bonifiés dans la fonction publique de l'État se distingue également et à un double titre, de celui qui régit fonctionnaires hospitaliers et territoriaux.

En outre, *rationae loci*, lorsque le décret fut pris en 1978 pour les agents de l'État, seuls étaient concernés ceux parmi ces derniers qui, soit exerçaient dans un département d'outre-mer, soit y possédaient leur résidence habituelle, c'est-à-dire, le centre de leurs intérêts moraux et matériels.

---

<sup>5</sup> Toutefois, aux termes de l'article 2 du décret du 20 mars 1978, la Martinique et la Guadeloupe sont considérées comme faisant partie du même Département d'outre-mer.

Saint-Pierre-et-Miquelon était alors un département d'outre-mer et Saint-Barthélemy, comme Saint-Martin, faisaient partie du territoire du département d'outre-mer de la Guadeloupe. En revanche, Mayotte n'appartenait pas à cette catégorie de collectivités territoriales et il fallut attendre le plein effet de la départementalisation de cette collectivité, opérée par la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, pour que le droit aux congés bonifiés y soit étendu et ce fut l'œuvre du décret n° 2014-729 du 27 juin 2014 portant application à Mayotte des dispositions relatives aux congés bonifiés pour les magistrats et fonctionnaires<sup>6</sup>. Eu égard aux termes employés par l'article 1<sup>er</sup> du décret du 27 juin 2014, qui prévoit que : « *Les dispositions des décrets du 20 mars 1978, du 1<sup>er</sup> juillet 1987 et du 15 février 1988 s'appliquent à Mayotte* », la distorsion entre la fonction publique de l'État et les deux autres fonctions publiques a été maintenue pour le Département de Mayotte.

Il reste que la Martinique et la Guyane ayant cessé, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, d'appartenir à la catégorie des départements d'outre-mer, le lien traditionnel entre cette série de collectivités territoriales et les congés bonifiés s'amenuise continuellement.

## **B.- Les différences issues de la pratique et du droit « souple »**

Il convient d'emblée d'évoquer à cet effet une différenciation qui affecte à nouveau le régime des congés bonifiés selon qu'il s'applique aux agents de l'État ou à ceux relevant des fonctions publiques territoriale et hospitalière.

En effet, la durée des congés bonifiés est de trente jours, au maximum, en vertu des dispositions réglementaires pertinentes (article 6 du décret du 20 mars 1978 ; article 4 du décret du 1<sup>er</sup> juillet 1987 ; article 1<sup>er</sup> du décret du 15 février 1988 renvoyant aux conditions issues du décret du 10 mars 1978).

Or, à l'attention des seuls fonctionnaires de l'État, selon une simple circulaire<sup>7</sup>, modifiée en 1983<sup>8</sup> et en 1985<sup>9</sup>, le maximum de la durée des congés bonifiés a été porté à soixante-cinq jours consécutifs.

---

<sup>6</sup> Dans l'intervalle, le décret n° 2007-955 du 15 mai 2007 relatif au congé spécifique à Mayotte des magistrats et fonctionnaires civils de l'État avait créé un congé « spécifique » à l'attention des agents titulaires de l'État exerçant leurs fonctions en métropole et détenant le centre leurs intérêts moraux et matériels à Mayotte ; ce texte a été abrogé par le décret du 27 juin 2014.

<sup>7</sup> Circulaire du 16 août 1978 concernant l'application des dispositions du décret n° 78-399 du 20 mars 1978 relatif, pour les Départements d'outre-mer, la prise en charge des frais de voyage de congés bonifiés accordés aux magistrats et fonctionnaires civils de l'État (J.O. du 27 août 1978, p. 6746).

<sup>8</sup> Par la circulaire du 16 septembre 1983 relative à la durée des congés bonifiés accordés aux magistrats et fonctionnaires civils de l'État (J.O. du 6 octobre 1983, p. 59088).

<sup>9</sup> Par la circulaire du 25 février 1985 relative à l'application du décret n° 85-257 du 19 février 1985 relatif, pour les Départements d'outre-mer, à la prise en charge des frais de voyage de congés bonifiés accordés aux magistrats et fonctionnaires civils de l'État (J.O. du 14 mars 1985, p. 319).

Mais les principales difficultés dans l'application de la réglementation et dans l'octroi ou le refus des congés bonifiés tournent autour du contenu de la « résidence habituelle » ou du « centre des intérêts moraux et matériels ».

Et du fait des différences d'appréciation se faisant jour, des circulaires, ainsi qu'un avis du Conseil d'État ont posé des critères censés aider les décideurs, gestionnaires des ressources humaines et aptes à cerner ces deux notions quelque peu énigmatiques.

Car, d'emblée, les actes non normatifs, dépourvus de ce caractère « impératif » qu'attache, depuis sa jurisprudence *Duvignères*, à certaines circulaires, le Conseil d'État, ont été appelés à l'aide afin de circonscrire les notions en cause.

Il convient de souligner que la circulaire du 16 août 1978 précitée en note n° 7, ne fut pas d'un grand secours, puisqu'elle se contentait d'indiquer que le décret du 20 mars 1978, par l'emploi de l'expression de « résidence habituelle », renvoyait à celle de « centre des intérêts moraux et matériels fixée par la jurisprudence du Conseil d'État » et confiait à une circulaire ultérieure le soin de venir la « préciser ».

Cette dernière circulaire intervint : ce fut celle du 5 novembre 1980 relative à la définition de la notion de résidence habituelle signée par le ministre du Budget, le secrétaire d'État auprès du Premier ministre et le secrétaire d'État auprès du Ministre de l'Intérieur chargé des départements d'outre-mer et des territoires d'outre-mer<sup>10</sup>.

La notion, peu compréhensible, issue du décret du 20 mars 1978 fut donc expliquée par voie de circulaire. Cette dernière, toujours en vigueur, à l'instar de celle du 16 août 1978, indique que l'agent qui fait une demande pour bénéficier d'un congé bonifié doit apporter la preuve de la localisation de sa résidence habituelle.

À cet effet, la circulaire recommande de s'appuyer sur plusieurs critères, qu'elle mentionne, tout en soulignant qu'ils ne présentent pas de caractère exhaustif. Elle précise, en outre, que selon les circonstances propres à chaque espèce, plusieurs parmi ceux-ci peuvent se combiner sous le contrôle du juge.

Ces critères sont les suivants : le domicile des père et mère et à défaut, des parents les plus proches, les biens fonciers dont l'agent est propriétaire ou locataire, en indiquant les périodes durant lesquelles il les a occupés et s'ils sont utilisés par des membres de sa famille, l'agent pouvant prouver ses déclarations à ce sujet par tous moyens utiles (inscription au rôle des contributions, inscription sur les listes électorales, quittances de loyer, attestations du maire, certificats de

---

<sup>10</sup> J.O. du 29 novembre 1980, p. 10387 ; circulaire mise en ligne sur [circulaires.gouv.fr](http://circulaires.gouv.fr).

scolarité des enfants...), le domicile avant l'entrée dans l'administration, le lieu de naissance, le bénéfice antérieur d'un congé bonifié, ainsi que « *tous autres éléments d'appréciation pouvant en tout état de cause être utiles aux gestionnaires* ».

En cas de litige, la circulaire recommande de s'adresser au secrétaire d'État auprès du Premier ministre chargé de l'Outre-mer.

Il est revenu à un autre acte, non contraignant juridiquement, de compléter cet ensemble d'indications ; il s'agit de l'avis du Conseil d'État (section des finances), n° 328510 du 7 avril 1981, au rapport de M. Gibert. Cet avis n'a pas été publié, mais figure dans la base de données des avis du Conseil d'État.

Cet avis, émis consécutivement à une saisine du Ministre du Budget, ne portait pas sur l'octroi des congés bonifiés. Il se rapportait à l'indemnité d'éloignement, aujourd'hui supprimée et répondait à la question de savoir si des fonctionnaires originaires d'un département d'outre-mer, installés en métropole avant leur recrutement par l'Administration et exerçant en métropole, étaient éligibles à l'attribution de cette indemnité du fait qu'ils auraient conservé le centre de leurs intérêts moraux et matériels dans leur département d'origine, nonobstant cette installation sur le territoire métropolitain précédant leur entrée dans l'Administration.

Selon l'avis, l'installation en métropole ne constitue qu'une présomption du transfert, par ces agents, du centre de leurs intérêts moraux et matériels. Cette présomption est insuffisante et le Conseil d'État considère que pour apprécier la réalité du lieu du centre des intérêts moraux et matériels d'un de ces agents, il peut être tenu compte du lieu de résidence des membres de sa famille, du degré de parenté de ces derniers avec lui, de leur âge, de leur activité, voire de leur état de santé, également, de l'endroit où le fonctionnaire est soit propriétaire, soit locataire, de biens fonciers, soit encore, titulaire de comptes bancaires, d'épargne ou postaux, de la commune où il s'acquitte de ses impositions, en particulier de l'impôt sur le revenu. Le Conseil d'État indique que d'autres éléments peuvent être pris en compte, tels son lieu de naissance, son domicile civil avant son entrée dans l'Administration, le lieu de ses précédentes affectations professionnelles, son lieu d'inscription sur les listes électorales ou l'octroi d'un congé bonifié.

Enfin, à l'image de la circulaire du 5 novembre 1980, l'avis du Conseil d'État émet la même réserve relative à l'absence d'exhaustivité des critères énoncés et à leur éventuelle combinaison, au cas d'espèce, sous le contrôle du juge. Il complète cette analyse en estimant que le centre des intérêts moraux et matériels étant susceptible de varier dans le temps, il échet, parfois, de constater son transfert.

En premier lieu, si globalement, ces deux actes convergent au sujet de l'appréciation du centre des intérêts moraux et matériels, les critères qu'ils mettent



en œuvre en les citant expressément ne concordent pas intégralement. De surcroît, la circulaire de 1980 mentionne certains critères (inscription au rôle des contributions, inscription sur les listes électorales, quittances de loyer, attestations du maire, certificats de scolarité des enfants) en ce qu'ils peuvent servir à administrer la preuve de la localisation d'un bien foncier dont l'agent se dit propriétaire ou locataire, alors que l'avis du Conseil d'État fait des deux premiers de ceux-ci (inscription au rôle des contributions et inscription sur les listes électorales) des critères autonomes. De même, si l'avis du Conseil d'État apporte davantage de détails à propos des membres de la famille de l'agent, il ne mentionne même pas le lieu de naissance de l'agent. Enfin, nous l'avons relevé, il appelle l'attention sur le caractère changeant du centre des intérêts moraux et matériels et en dégage l'idée de transfert, qui ne figure pas dans le décret du 20 mars 1978.

Sur le fondement de ces textes non décisifs, des pratiques se sont forgées, disparates, entre les fonctions publiques et au sein de chacune d'elles, entre services gestionnaires, parfois même, entre unités dépendant de la même autorité.

Avec le temps, ces pratiques sont, en outre, devenues plus restrictives. La tendance de nombreuses administrations fut de refuser l'octroi des congés bonifiés en ne prenant en considération, par exemple, qu'un seul des critères susénoncés, au mépris des termes des actes mêmes qui les ont dégagés. Des fonctionnaires originaires des départements concernés ont été découragés de solliciter cet octroi, eu égard aux pratiques couramment admises dans leurs services. De plus en plus, les services gestionnaires ont développé des doctrines personnelles, des lignes de force dépourvues de lien et de compatibilité avec celles à l'œuvre ailleurs. L'obtention du bénéfice des congés bonifiés est devenue un parcours de longue haleine et presque à risques, certains agents craignant d'être stigmatisés, parce qu'ils se contentaient de le solliciter.

C'est pourquoi la Direction générale de l'Administration et de la fonction publique s'est vue obligée de procéder à un rappel, au moyen d'une nouvelle circulaire, en date du 3 janvier 2007, mise en ligne sur [circulaires.gouv.fr](http://circulaires.gouv.fr).

Cette circulaire récapitule l'ensemble des critères énumérés par la circulaire du 5 novembre 1980 et l'avis du Conseil d'État du 7 mai 1981. En outre, elle précise explicitement que l'octroi de congés bonifiés ne peut être refusé en raison de ce que l'un de ces critères ferait défaut et met l'accent sur le caractère non exhaustif de ceux-ci.

Malgré ce rappel, il semble que les pratiques disparates soient toujours usitées et l'on voudrait, dans un souci de bonne administration, montrer en quoi l'emploi d'une ligne directrice pourrait s'avérer adapté afin d'y mettre un terme.

## II.- La ligne directrice : un acte approprié au cas d'espèce

En premier lieu, il convient de rappeler l'objet et la fonction de cet instrument, jadis connu comme « directive » et que le Conseil d'État a rattaché, dans son rapport précité, expressément, au « droit souple ». Puis, dans un second temps, convient-il de souligner l'adéquation de l'emploi de cet acte au présent sujet.

### A.- Les lignes directrices : actes administratifs para-décisoires

Les lignes directrices, dégagées sous le vocable de « directives » par la jurisprudence précitée du Conseil d'État « Crédit foncier de France », sont usuellement présentées comme illustratives des actes non décisoires pris par les autorités administratives. À ce titre, elles sont rangées dans la même division que les circulaires, dont elles sont effectivement proches, les mesures d'ordre intérieur, mais aussi les avis, vœux, recommandations, propositions, mesures préparatoires, certaines mises en demeure, les actes types, les renseignements, déclarations d'intention et réponses d'attente. Cependant, leur régime juridique, nuancé, apprend qu'elles empruntent certaines de leurs caractéristiques aux décisions, ce qui en fait des actes para-normatifs ou quasi-décisoires.

Cette catégorie d'actes a été vivifiée par l'attention nouvelle accordée au droit dit « souple », par le Conseil d'État, notamment, à travers son rapport annuel pour 2013 précité<sup>11</sup>, véritable « *proposition de droit souple du droit souple* », selon l'expression empruntée à deux auteurs<sup>12</sup>.

Ce droit « souple » a toujours fait l'objet d'incertitudes en droit interne, tant en droit privé qu'en droit public. La dénomination, le statut, la portée des actes qui le composent, ont pu et peuvent encore, être source d'interrogations. Car, pour le juriste, se pose inévitablement la question de la portée, contraignante ou non, de tels actes, de leur opposabilité, de leur caractère exécutoire ou non.

De la sorte, il leur est parfois difficile de se tracer un chemin entre le simple document de travail, dont l'élaboration, la conception sont libres, dans la mesure où il ne produit pas d'effet obligatoire et l'acte normatif.

Il n'est pas ici dans notre propos d'inventorier le « droit souple » dans sa globalité et seules les lignes directrices retiennent notre attention.

---

<sup>11</sup> H. PAULIAT, « La consécration du droit souple : insuffisance des règles normatives, renforcement de la qualité du droit ? », *JCP A.*, n° 48, 25 novembre 2013, act. 912.

<sup>12</sup> E. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit souple au sérieux ? - À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP G.*, n° 43, 21 octobre 2013, doct. 1116.

En effet, ces actes quelque peu hybrides obéissent à un régime original qui rend compte de leur situation, entre circulaires et actes réglementaires. Leur objet est de tracer les orientations générales par lesquelles les services placés sous l'autorité de leur auteur doivent faire application d'une législation ou d'une réglementation. Non normatives, car ne créant ni droits ni obligations pour leurs destinataires<sup>13</sup> et leurs termes étant dénués de caractère impératif<sup>14</sup>, les lignes directrices, anciennement dénommées directives, ne peuvent fixer de condition nouvelle qui ne soit prévue par la loi ou le règlement<sup>15</sup> et leurs destinataires doivent toujours procéder à un examen individuel de chaque affaire relevant de leur champ, avant de suivre les orientations qu'elles décrivent<sup>16</sup>. Dans cet ordre d'idées, leurs destinataires peuvent s'écarter de leurs préconisations lorsque, à l'occasion de l'examen individuel d'un cas, des considérations d'intérêt général ou les circonstances propres à chaque situation particulière le justifient<sup>17</sup> et enfin, elles ne sont pas, par elles-mêmes susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir<sup>18</sup>.

Toutefois, elles doivent être publiées en vertu de l'article L. 312-2 du Code des relations entre le public et l'administration, même si, ainsi que le souligne René Chapus<sup>19</sup>, littéralement, la loi n'impose la publication que de celles qui « *comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives* » et les usagers peuvent s'en prévaloir et les invoquer à l'occasion des recours qu'ils exercent contre les décisions individuelles prises dans la lignée de leur intervention.

Curieusement, le Conseil d'État avait initialement paru fermer la porte du droit de la fonction publique à ces actes, ainsi que l'avait relevé un auteur<sup>20</sup>.

Opportunément, le Conseil d'État est revenu sur cette position originelle, puisque, dans son rapport annuel pour 2013 précité, en page 13, regrettant que la jurisprudence *Crédit foncier de France* n'ait pas eu la postérité que l'on eût pu envisager, il recommande l'emploi des lignes directrices dans quatre fonctions, dont « *l'accompagnement d'un pouvoir de dérogation individuel à la règle de droit et la définition d'orientations en matière de gestion des agents publics* ». Par là, il illustre un des buts possibles qu'il assigne<sup>21</sup> au droit « souple » dans son ensemble, savoir, l'accompagnement de la mise en œuvre du droit dur.

---

<sup>13</sup> J-B. AUBY, « Des directives aux "lignes directrices" », *Droit administratif*, n° 12, décembre 2014, comm. 70.

<sup>14</sup> CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amante Jussieu*, req. n° 254961.

<sup>15</sup> CE, 1er octobre 1993, *Messenger et association « -École de la croix »*, p. 254.

<sup>16</sup> CE Sect., 29 juin 1973, *Société Géa*, p. 453.

<sup>17</sup> CE, 19 septembre 2014, *M.A. et Association pour l'enseignement français à l'étranger*, req. n° 364385.

<sup>18</sup> CE, 18 octobre 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, p. 338.

<sup>19</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2001, p. 521.

<sup>20</sup> P. BOUTELET, « Pas de directives en droit de la fonction publique », *AJFP*, 1996, n° 3, p. 10, à propos de CE, 13 mars 1996, *Facq.*

<sup>21</sup> Rapport annuel pour 2013, p. 97.

L'appropriation de l'usage d'une ligne directrice à la matière des congés bonifiés apparaît particulièrement bienvenue, eu égard à ce qui a été dit *supra* de ces congés et des difficultés pour les administrations à suivre une ligne cohérente lors de leur application.

### **B.- La ligne directrice, instrument adapté aux congés bonifiés**

S'il est un domaine du droit de la fonction publique qui pourrait servir de terrain d'élection à l'usage de cette variété d'actes administratifs, c'est bien celui relatif à l'application des règlements relatifs à l'octroi des congés bonifiés.

Les avantages seraient multiples : les administrations disposeraient d'un instrument unique afin d'orienter le traitement des demandes de congés bonifiés des agents, cet acte infléchirait les listes de critères énoncés par la circulaire du 5 novembre 1980 et l'avis du Conseil d'État du 7 avril 1981 précités en faisant preuve d'une plus grande précision et par son style rédactionnel, il servirait de garde-fou à des dérives possibles de la part des administrations gestionnaires.

En effet, la ligne directrice ordonnerait les choix des administrations gestionnaires en leur imposant de retenir la réunion de deux ou trois des critères qu'elle énumérerait – et non pas un seul, comme en l'état actuel du droit – et en indiquant que d'aucune façon, un rejet d'une demande d'un agent ne pourrait s'appuyer sur la circonstance tenant à ce que l'un des critères dont la liste serait dressée ferait défaut dans le dossier de l'agent.

Par surcroît, elle fournirait l'occasion d'un toilettage des critères retenus explicitement par la circulaire du 5 novembre 1980 et l'avis du Conseil d'État du 7 avril 1981, validés par la circulaire précitée du 3 janvier 2007.

Ainsi, devrait-elle conséquemment écarter le critère de l'octroi antérieur d'un congé bonifié qui se contente d'entériner une pratique antérieure, laquelle est, aujourd'hui, trop variable d'une administration à une autre, pour être fiable. Et bien évidemment, conformément à ce qui a été dit *supra*, elle écarterait ainsi de plein droit la possibilité, pour les administrations, de se prévaloir de ce que l'agent n'aurait pas obtenu ou même, n'aurait jamais sollicité précédemment un tel octroi.

Au surplus, eu égard à la structure démographique des agents exerçant en métropole et ayant un lien avec un département d'outre-mer, le Département de Mayotte ou Saint-Pierre-et-Miquelon, il paraîtrait sage de ne plus retenir le critère tiré du lieu de naissance des intéressés.

La ligne directrice pourrait également se prononcer avec davantage de fermeté sur la notion de « transfert » du centre des intérêts moraux et matériels des agents. À cet effet, elle pourrait réitérer le principe selon lequel ce dernier doit être apprécié à la date à laquelle les agents font leur demande, tout en soulignant que l'appréciation portée à un moment donné par l'Administration ne peut valoir

localisation définitive de cette notion, laquelle, par définition, est évolutive et est donc susceptible de changer, dans un sens comme dans l'autre, dans le temps.

Au cas par cas, dans le respect de la jurisprudence du Conseil d'État, l'Administration pourrait s'écarter des termes de la directive, mais sans fixer sa propre doctrine se substituant ainsi à la ligne directrice, ce qui est souvent le cas à l'heure actuelle.

Par ailleurs, la ligne directrice pourrait réaffirmer avec davantage de vigueur et d'autorité ce que la circulaire du 5 novembre 1980 avait prévu, mais qui est devenu, dans bien des cas, lettre morte, à savoir, la consultation obligatoire, par les administrations gestionnaires, des services du Ministère chargé de l'Outre-mer.

Cette étape, utile, offrirait l'opportunité de renforcer l'harmonisation des pratiques suivies, car, lors de sa consultation, le Ministère de l'Outre-mer rappellerait aux administrations en cause les règles et la ligne directrice en vigueur. Il pourrait ainsi devenir, sinon le gardien, à tout le moins, le relais efficace de l'application de cette dernière.

La conciliation entre la détermination d'une position argumentée et la souplesse indispensable pour traiter ces demandes, du fait de la diversité des situations individuelles et de l'importance plus ou moins grande, selon les agents concernés, de la présence de tel ou tel critère, serait en conséquence assurée et les agents, comme leurs employeurs, y trouveraient une sécurité juridique qui fait défaut à présent.

Subséquemment, le droit « souple » secourrait le droit dur. Cependant, de la vision plus nuancée qui se dégage de la présente étude, il apparaît que ce serait plutôt un nouvel instrument du droit « souple », qui se substituerait avantageusement à ceux auxquels le droit dur a laissé sa place depuis plus de trente-cinq ans avec une fortune incertaine.

L'emploi d'une ligne directrice dans la matière des congés bonifiés constituerait également, donc, une occasion de rationaliser le recours aux circulaires, lesquelles ont pris, au fil du temps et malgré l'intervention du décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, une place souvent démesurée dans l'action des administrations.

Le Conseil d'État y invite et sa jurisprudence la plus récente balise encore davantage le terrain dans cette voie. La Haute juridiction a effectivement précisé ce qu'il fallait entendre par « ligne directrice » à la faveur du jugement d'un contentieux relatif à la délivrance d'un titre de séjour à des étrangers<sup>22</sup>. Par cette décision importante, le Conseil d'État dégage un critère marquant la distinction

---

<sup>22</sup> CE Sect., 4 février 2015, *Ministre de l'Intérieur c/ Cortes Ortiz*, req. n° 383267.

entre lignes directrices et simples circulaires<sup>23</sup>. Dans un considérant de principe, le quatrième, il réserve la qualité de « ligne directrice » à l'acte par lequel l'autorité compétente qui ne dispose pas du pouvoir réglementaire, peut, pour assurer la cohérence de l'action de l'Administration, déterminer, sans édicter aucune condition nouvelle, des critères permettant de mettre en œuvre un texte ayant prévu l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer parmi ceux qui sont en droit d'y prétendre. La décision précise que la détermination de ces critères vaut sous réserve de motifs d'intérêt général conduisant à y déroger et de l'appréciation particulière de chaque situation. Une ligne directrice ainsi définie est seule à même de pouvoir être invoquée, si elle a été publiée, devant le juge administratif, par la personne en droit de prétendre à l'avantage en question. *A contrario*, un acte qui se contente de définir des orientations générales pour l'octroi, par l'Administration, d'une mesure de faveur au bénéfice de laquelle l'intéressé ne peut faire valoir aucun droit, ne peut être invoqué au contentieux et ne peut en conséquence être dénommé « ligne directrice ». Il convient d'observer que le Conseil d'État a confirmé depuis lors cette nouvelle définition jurisprudentielle<sup>24</sup>.

Il n'est point besoin d'insister pour avoir reconnu dans la définition jurisprudentielle de la ligne directrice livrée par la décision du 4 février 2015 l'exposé de cas de figure, au nombre desquels appartient celui qui préside à l'octroi de congés bonifiés.

Il est donc temps que le droit de la fonction publique emboîte le pas à ce mouvement et profite du droit souple, sans que cette souplesse soit signe d'arbitraire, ce qui, en matière de congés bonifiés, ne saillit pas toujours avec évidence.

Il est au demeurant à signaler que les dernières positions du Conseil d'État, émises, tant au moyen de son rapport annuel que de ses décisions juridictionnelles, s'inscrivent dans un cadre plus large, tendant, depuis plusieurs années, de la part des pouvoirs publics, à affermir la cohérence de l'usage innombrable de ces actes appelés « circulaires » ou « instructions » et dont le décret précité du 8 décembre 2008 en est l'illustration. Y participe assurément la circulaire du Premier ministre en date du 25 février 2011 relative aux circulaires adressées aux services déconcentrés<sup>25</sup>, véritable « circulaire sur les circulaires » qui distingue les « instructions du Gouvernement » des autres circulaires, les premières comportant « *l'exposé d'une politique, la définition d'orientations pour l'application des lois et des décrets ou la détermination des règles essentielles de fonctionnement d'un service public* ». Cette distinction a été confirmée par la circulaire du Premier

---

<sup>23</sup> G. ÉVEILLARD, « Sur la distinction des lignes directrices et des circulaires », *Droit administratif*, n° 6, juin 2015, comm. 38 ; G. EVEILLARD, « Chronique », *JCP G*, n° 22, 1<sup>er</sup> juin 2015, doct. 637.

<sup>24</sup> CE ord. réf., 9 juillet 2015, n° 391392, *Ministre de l'Intérieur c/ Alkak*. V. L. ERSTEIN, « Le droit souple des visas pour l'asile », *JCP A*, n° 30-34, 27 juillet 2015, act. 662.

<sup>25</sup> J.O. du 1<sup>er</sup> mars 2011, p.3635, texte n° 5- circulaire mise en ligne sur [circulaires.gouv.fr](http://circulaires.gouv.fr)

ministre du 17 juillet 2013 relative à la simplification administrative et au protocole des relations avec les services déconcentrés<sup>26</sup>.

L'intelligibilité du droit en vigueur est en jeu. Et l'on ajoutera, indépendamment même de la distinction entre droit dur et droit souple et de la nécessité de classer et d'ordonner ce dernier, qu'il n'est nul besoin pour un acte administratif de posséder la nature d'acte décisive pour être source du droit et d'être susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. L'exemple des réponses ministérielles aux questions écrites posées par les parlementaires est là – de longue date – pour le prouver<sup>27</sup>.

En conclusion, les conditions relatives à l'octroi d'un congé bonifié méritent l'intervention d'une ligne directrice, laquelle, forte de l'autorité afférente à cette catégorie d'actes administratifs dégagée par la jurisprudence du Conseil d'État, apporterait les éclaircissements nécessaires à l'action des gestionnaires des ressources humaines dans les administrations employeurs et mettrait fin à l'impression fâcheuse dont il ressort que l'Administration adopte une mesure gracieuse dès lors qu'elle accorde le bénéfice d'un congé bonifié. La réglementation, par trop sibylline, ne serait pas modifiée et les actes de gestion, mesures individuelles, verraient leur sécurité juridique mieux assurée.

---

<sup>26</sup> J.O. du 18 juillet 2013, p. 11993, texte n° 1-circulaire mise en ligne sur le site [circulaires.gouv.fr](http://circulaires.gouv.fr).

<sup>27</sup> CE, 19 octobre 1938, *Bloch*, p. 777 ; seules les réponses ministérielles aux questions écrites comportant une interprétation de la loi fiscale susceptible d'être opposée à l'Administration par un contribuable peuvent être déférées au juge de l'excès de pouvoir : CE Sect., 16 décembre 2005, n° 272618, *société Friadent France*.