



Commentaire

Décision n° 2019-790 DC du 1^{er} août 2019

Loi de transformation de la fonction publique

La loi de transformation de la fonction publique a été définitivement adoptée par le Parlement le 23 juillet 2019.

Un recours contre cette loi, enregistré le lendemain, a été formé par plus de soixante députés, qui contestaient certaines dispositions de ses articles 1^{er}, 4, 10, 16, 18, 21, 25, 30, 33 et 76, ainsi que ses articles 19 et 56.

Dans sa décision n° 2019-790 DC du 1^{er} août 2019, le Conseil constitutionnel a jugé les dispositions contestées conformes à la Constitution.

Le présent commentaire porte sur la modification des compétences des commissions administratives paritaires et la création des comités sociaux (articles 1^{er}, 4, 10, 25 et 30), sur l'élargissement des possibilités de recrutement d'agents contractuels au sein de la fonction publique (articles 16, 18, 19 et 21) et sur l'encadrement du droit de grève dans la fonction publique territoriale (article 56).

I. – Modification des compétences des commissions administratives paritaires et création des comités sociaux (articles 1^{er}, 4, 10, 25 et 30)

A. – Présentation des dispositions contestées

* L'article 1^{er} de la loi déferée, qui modifie l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983¹, vise, selon l'exposé des motifs du projet de loi dont elle est issue, à réaffirmer le principe constitutionnel de participation des agents publics et à poser un nouveau cadre de participation sur les questions individuelles. Ce nouveau cadre prévoit une consultation élargie des organismes consultatifs sur la définition des orientations en matière de politique de ressources humaines et une limitation de l'examen des décisions individuelles à certaines d'entre elles déterminées par décret en Conseil d'État.

En dépit de cette limitation principielle et outre les décisions qui seront déterminées par décret en Conseil d'État, l'article 10 prévoit de maintenir, dans

¹ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

les lois du 11 janvier 1984², du 26 janvier 1984³ et du 9 janvier 1986⁴ relatives aux trois versants de la fonction publique, l'obligation de consultation des commissions administratives paritaires (CAP) sur certaines décisions individuelles. Ainsi, cet article prévoit la soumission à l'examen des CAP des décisions individuelles relatives à la mise en disponibilité, à l'appréciation de la valeur professionnelle, à la discipline et au licenciement pour insuffisance professionnelle de l'ensemble des fonctionnaires, des décisions relatives à la titularisation des fonctionnaires territoriaux et hospitaliers, à la nomination, au service à temps partiel et à la démission des fonctionnaires territoriaux ainsi que des décisions relatives au placement en recherche d'affectation des fonctionnaires hospitaliers.

Par ailleurs, cet article supprime l'avis des CAP sur un certain nombre de décisions et notamment sur les décisions de mutation comportant changement de résidence ou modification de la situation des fonctionnaires territoriaux. L'article 25 de la loi déferée, qui réécrit l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984, fait de même pour les décisions individuelles relatives aux mutations des fonctionnaires de l'État.

Enfin, l'article 30 de la loi déferée, d'une part, supprime l'avis de la CAP sur l'établissement de la liste d'aptitude pour la promotion interne et l'avancement de grade pour l'ensemble des fonctionnaires et sur l'accès à l'échelon spécial prévu par un statut particulier pour les fonctionnaires territoriaux. D'autre part, en contrepartie de la restriction du champ des décisions individuelles soumises aux CAP et avec l'objectif de replacer la participation à un niveau plus stratégique, il prévoit l'établissement, au sein des fonctions publiques de l'État, territoriale et hospitalière, de lignes directrices de gestion ayant notamment pour objet de déterminer les orientations en matière de ressources humaines, de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, de promotion et de valorisation des parcours. Ces lignes directrices de gestion, dont l'autorité administrative tient compte pour la promotion interne et l'avancement de grade de l'ensemble des fonctionnaires et pour les mutations des fonctionnaires de l'État, sont établies après avis des comités sociaux au sein desquels siègent les représentants des agents.

* L'article 4 de la loi déferée institue, dans les trois versants de la fonction publique, une instance représentative unique pour débattre des sujets d'intérêt collectif. Dénommée « *comité social d'administration* » dans la fonction publique de l'État, « *comité social territorial* » dans la fonction publique territoriale et « *comité social d'établissement* » dans la fonction publique hospitalière, cette

² Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

³ Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

⁴ Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

instance est issue de la fusion des comités techniques et des comités d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail (CHSCT) actuels dont elle reprend les attributions.

* Les députés requérants faisaient valoir que l'article 1^{er} de la loi, du fait de son renvoi à un décret pour la détermination de la liste des décisions individuelles soumises à examen des CAP, était entaché d'incompétence négative. Ils soutenaient également que, en ne soumettant plus aux CAP que certaines décisions individuelles et non plus l'ensemble de celles-ci, les articles 1^{er}, 10, 25 et 30 privaient de garanties légales le principe de participation des travailleurs garanti par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Par ailleurs, ils faisaient valoir que la disparition des CHSCT méconnaissait ce principe de participation au motif que les comités sociaux ne comportent une formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail que lorsque l'effectif de l'administration ou de l'établissement dépasse un certain seuil.

B. – Analyse de constitutionnalité

1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Le principe de participation, qui ressort du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 a fait l'objet d'une première application en 1977 lorsque le Conseil a jugé que « *si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que "tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre, ce qu'il a fait dans le cas de l'espèce* »⁵.

Ce principe de participation recouvre la participation à la détermination des conditions de travail, d'une part, et la gestion des entreprises, d'autre part.

Le Conseil constitutionnel a affirmé explicitement⁶ l'application de ce principe aux fonctionnaires et aux autres agents publics dans la décision du 28 janvier 2011 en jugeant « *que, si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose,*

⁵ Décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, *Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale*, cons. 3

⁶ Une telle application pouvait déjà se déduire, implicitement, de la décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, *Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 (obligation de service des fonctionnaires)*, cons. 5.

en son huitième alinéa, que "tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la fixation des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'État ainsi que la détermination des principes fondamentaux du droit du travail ; qu'ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre »⁷. Au regard de cette exigence, le Conseil a alors jugé que le principe de participation n'impose pas au législateur de prévoir, au sein des agences régionales de santé, des collèges électoraux distincts pour désigner des représentants des personnels de droit public et de droit privé.

À l'aune de ce principe, le Conseil a également jugé, à propos des compétences des comités techniques, que « ces comités, qui comprennent des représentants de l'administration et des représentants du personnel, connaissent en principe des questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services ; que les modifications apportées par la loi du 3 août 2009 susvisée à la loi du 11 janvier 1984 n'ont pas eu pour effet d'exclure la compétence de ces comités sur les questions relatives à la restructuration de l'administration ou de l'établissement public dans lequel ils sont institués ; que, dans ces conditions, le grief tiré de la méconnaissance du principe posé par le huitième alinéa du Préambule de 1946 manque en fait »⁸.

Enfin, dans la même décision, le Conseil constitutionnel a jugé, s'agissant d'un grief tiré de l'incompétence négative du législateur à n'avoir pas lui-même prévu la consultation de la CAP sur une mesure de placement en situation de réorientation professionnelle, *« que la loi du 3 août 2009, dont sont issues les dispositions contestées, ne modifie pas l'article 14 de la loi du 11 janvier 1984 susvisée qui confie aux commissions administratives paritaires une compétence consultative sur les décisions individuelles intéressant les membres du ou des corps qui en relèvent ; que le décret d'application de cet article 14 fixe la liste des décisions individuelles ressortissant à la compétence de ces commissions ; qu'il revient au juge du décret de vérifier si la mesure de placement en situation de réorientation professionnelle d'un fonctionnaire investi ou non de fonctions représentatives ou syndicales doit, eu égard à sa portée, figurer dans ce décret au titre des mesures pour lesquelles ces commissions doivent être consultées »⁹.*

⁷ Décision n° 2010-91 QPC du 28 janvier 2011, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux (Représentation des personnels dans les agences régionales de santé)*. V. commentaire, *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 32.

⁸ Décision n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres (Réorientation professionnelle des fonctionnaires)*, cons. 16

⁹ Décision n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, précitée, cons. 17.

En ce qui concerne les décisions individuelles relatives aux agents publics, le Conseil a écarté l'application du principe de participation en jugeant, à propos des règles de désignation des membres du conseil académique appelés à siéger au sein de sa formation restreinte aux enseignants-chercheurs, « *que les dispositions contestées sont relatives aux règles de composition de la formation du conseil académique compétente pour examiner les questions individuelles relatives au recrutement, à l'affectation et à la carrière des enseignants-chercheurs autres que les professeurs des universités ; que cette formation n'est donc pas compétente pour la détermination collective des conditions de travail des enseignants-chercheurs ; que le grief tiré de l'atteinte aux exigences du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 doit par suite être écarté* »¹⁰.

2. – L'application à l'espèce

* Concernant la contestation de certaines dispositions des articles 1^{er}, 10, 25 et 30, le Conseil constitutionnel s'est inscrit dans la continuité de sa décision du 24 avril 2015 précitée. Après avoir constaté que les dispositions contestées étaient relatives à la restriction du champ des décisions individuelles soumises à l'examen de la CAP alors que le principe de participation concerne la détermination collective des conditions de travail, le Conseil a écarté les griefs tirés de l'incompétence négative et de l'atteinte aux exigences du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (paragr. 9).

Le Conseil a alors validé, d'une part, les dispositions introduites par la loi déferée dans les lois du 13 juillet 1983, du 11 janvier 1984, du 26 janvier 1984 et du 9 janvier 1986 et, d'autre part, certaines dispositions de la loi déferée qui se bornaient à supprimer la mention de l'avis de la CAP dans ces mêmes lois ou d'autres textes (paragr. 10). Enfin, il n'y avait pas lieu de valider l'article 25 de la loi déferée dès lors qu'il était contesté au seul motif qu'en réécrivant l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984, il faisait disparaître l'avis de la CAP pour les mutations des fonctionnaires de l'État¹¹.

* Concernant la contestation de certaines dispositions de l'article 4 de la loi déferée, le Conseil a écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe de participation au motif qu'il résultait des dispositions même de l'article 4 que les comités sociaux « *connaissent, quel que soit l'effectif de l'administration ou de l'établissement, des questions relatives à la protection de la santé physique et mentale, à l'hygiène, à la sécurité des agents dans leur travail, à l'organisation*

¹⁰ Décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, *Conférence des présidents d'université (Composition de la formation restreinte du conseil académique)*, cons. 6.

¹¹ Pour un même cas de figure de dispositions n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution en dépit du fait que les griefs les concernant ont été écartés, voir la décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, cons. 57 à 62 et son commentaire p. 56-57.

du travail, au télétravail, aux enjeux liés à la déconnexion et aux dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, à l'amélioration des conditions de travail et aux prescriptions légales afférentes. Ainsi, même lorsqu'aucune formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail n'est instituée au sein du comité social, les représentants du personnel participent, au sein de ce comité, à la protection de la santé et de la sécurité des agents » (paragr. 13).

Le Conseil a alors validé les dispositions des lois du 11 janvier 1984 et du 26 janvier 1984, des articles L. 6144-3 et L. 6144-3-1 du code de la santé publique et de l'article L. 315-13 du code de l'action sociale et des familles qui, introduites par l'article 4 de la loi déferée, prévoient la création d'une formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail au sein du comité social lorsque les effectifs de l'administration ou de l'établissement dépassent un certain seuil (paragr. 14).

II. – Élargissement des possibilités de recrutement d'agents contractuel au sein de la fonction publique (articles 16, 18, 19 et 21)

A. – Présentation des dispositions contestées

Conformément aux articles 3 de la loi du 13 juillet 1983 et 41 de la loi du 26 janvier 1984, les emplois civils permanents de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics à caractère administratif sont occupés par des fonctionnaires. La loi prévoit cependant diverses exceptions à ce principe qu'elle a elle-même édicté. Les articles 16, 18, 19 et 21 de la loi déferée complètent ces exceptions et permettent ainsi un recours élargi aux agents contractuels au sein de la fonction publique.

* À ce titre, l'article 16 permet que des agents contractuels puissent être recrutés pour occuper des emplois de direction de l'État et élargit les postes de direction ouverts aux contractuels dans les administrations territoriale et hospitalière.

Son paragraphe I modifie l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984, relative à la fonction publique de l'État pour permettre le recrutement d'agents contractuels pour « *les emplois de direction de l'État* », dont la liste doit être fixée par décret en Conseil d'État.

Son paragraphe II permet, par modification de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale, le recrutement de contractuels, pour les emplois de directeur général ou directeur général adjoint des services des départements et des régions ou des collectivités exerçant les compétences des départements ou des régions, directeur général ou directeur général adjoint des

services techniques des communes de plus de 40 000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants et directeur général des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient. La liste de ces derniers sera fixée par un décret en Conseil d'État.

Enfin, son paragraphe III réécrit l'article 3 de la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière pour ouvrir aux contractuels, en plus des emplois de directeur d'établissement, les autres emplois supérieurs hospitaliers mentionnés au deuxième alinéa de l'article 4 de cette loi.

* L'article 18 étend les cas dans lesquels des agents contractuels peuvent être recrutés pour les emplois permanents de la fonction publique de l'État.

Pour l'ensemble des emplois des établissements publics de l'État, il peut être recouru au recrutement d'agents contractuels « *sous réserve des dispositions du code de la recherche pour les agents publics qui y sont soumis* », ce qui vise les emplois de chercheurs ou ceux occupés par des fonctionnaires des corps d'appui à la recherche (ingénieurs de recherche ou d'études, etc.) dans huit établissements publics à caractère scientifique et technologique.

De même, la règle de l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984, selon laquelle des agents contractuels peuvent être recrutés pour les « *emplois du niveau de la catégorie A et, dans les représentations de l'Etat à l'étranger, des autres catégories, lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient* », est réécrite pour être étendue.

L'exception vaut désormais pour toutes les catégories d'agents « *lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient, notamment : a) Lorsqu'il s'agit de fonctions nécessitant des compétences techniques spécialisées ou nouvelles ; b) Lorsque l'autorité de recrutement n'est pas en mesure de pourvoir l'emploi par un fonctionnaire présentant l'expertise ou l'expérience professionnelle adaptée aux missions à accomplir [...] 3° Lorsque l'emploi ne nécessite pas une formation statutaire donnant lieu à titularisation dans un corps de fonctionnaires.* ».

* Issu d'un amendement gouvernemental adopté en séance publique en première lecture au Sénat, l'article 19 réécrit le paragraphe III de l'article 9-1 de la loi du 9 janvier 1986 précitée afin de permettre aux établissements publics de santé et médico-sociaux de recruter des agents contractuels pour faire face à un accroissement temporaire d'activité, mais également, de manière nouvelle, à un accroissement saisonnier d'activité.

L'innovation en résultant tient moins au principe même d'emplois pourvus par voie de contrats de courte durée en milieu hospitalier que, d'une part, à un ajustement des justifications possibles du recours à ces emplois et, d'autre part, au fait qu'il est distingué désormais entre des contrats temporaires et des contrats saisonniers qui ne pourront excéder six mois.

* Enfin, l'article 21 vise à étendre **les possibilités offertes aux employeurs publics territoriaux de recourir à des agents contractuels sur des emplois permanents.**

Par des modifications de la loi du 26 janvier 1984 précitée, sont prévues à cet effet plusieurs séries de mesures :

- par la modification du 2° de l'article 3-3 de cette loi, il devient possible de recruter des agents contractuels pour occuper des emplois de toutes catégories, et non plus seulement de catégorie A, *« lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient »* ;

- par la réécriture du 3° du même article, dans les **communes de moins de 1 000 habitants et les groupements composés de communes dont la population moyenne est inférieure à ce seuil, tous les emplois** peuvent désormais être occupés par des agents contractuels ;

- dans les autres collectivités territoriales et leurs établissements publics (qui ne disposaient pas jusqu'ici de cette faculté), **les emplois à temps partiel dont la quotité de travail est inférieure à 50 %** peuvent être pourvus par contrat.

B. – Les griefs des députés requérants

Selon les députés auteurs de la saisine, ces différentes dispositions contrevenaient à plusieurs exigences constitutionnelles.

Ils soutenaient tout d'abord qu'elles méconnaissaient le principe selon lequel les emplois permanents de la fonction publique doivent être occupés par des fonctionnaires régis par un statut, lequel principe revêtirait une valeur constitutionnelle. Selon eux, il résultait également de cette extension une atteinte aux principes d'égalité et de continuité du service public dès lors que les agents contractuels ne disposeraient pas des mêmes garanties que les fonctionnaires et ne seraient pas soumis aux mêmes devoirs.

Par ailleurs, ils soutenaient que le principe d'égal accès aux emplois publics était méconnu dès lors que seul le recrutement par la voie du concours permettrait de

garantir une sélection fondée sur la capacité. Les requérants estimaient que le législateur aurait au moins dû rappeler expressément que les exigences résultant du principe d'égal accès aux emplois publics s'appliquent lors d'un recrutement par la voie contractuelle

Ils invitaient également le Conseil constitutionnel à dégager « *un principe fondamental reconnu par les lois de la République d'exercice des fonctions régaliennes par des agents publics bénéficiant du statut de fonctionnaire* », qui serait méconnu en l'espèce.

Enfin, ils estimaient que le législateur n'avait pas épuisé sa compétence dans la mesure où les dispositions contestées déterminaient de manière insuffisamment précise les emplois ouverts aux agents contractuels. Ils critiquaient également expressément le renvoi au pouvoir réglementaire pour la détermination de la liste des emplois de direction de l'État pouvant être attribués à des non fonctionnaires et de la liste des établissements publics locaux dont les caractéristiques et l'importance justifient l'ouverture à la voie du recrutement direct pour l'emploi de directeur général. En outre, ils jugeaient que diverses expressions employées par le législateur étaient insuffisamment précises.

C. – Examen de constitutionnalité

1. – Sur le grief tiré de l'incompétence négative

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord examiné le grief tiré de l'incompétence négative.

Ce faisant, le Conseil a commencé par rappeler, comme il l'avait déjà fait dans sa décision n° 91-293 DC du 23 juillet 1991¹², qu'« *il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État et déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, d'édicter les conditions générales d'accès aux emplois publics.* » (paragr. 20).

Le Conseil constitutionnel a ensuite décrit les dispositions de la loi déférée, précitées, prévoyant des exceptions au principe législatif selon lequel les emplois civils permanents de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics à caractère administratif sont occupés par des fonctionnaires (paragr. 23 à 26).

¹² Décision n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, cons. 8.

Il a ensuite jugé que, d'une part, le législateur avait, par ces dispositions, indiqué de manière suffisamment précise quelles catégories d'emplois pouvaient, sans condition spécifique, être pourvues par des agents contractuels soumis à un régime de droit public. À cet égard, le Conseil constitutionnel a estimé que, en faisant référence à la notion d'emplois de direction, et en renvoyant au pouvoir réglementaire la détermination de la liste de ces emplois ou de la liste des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance justifient que leur directeur général puisse être un agent contractuel, le législateur n'avait pas méconnu l'étendue de sa compétence. D'autre part, le Conseil en a jugé de même s'agissant des conditions dans lesquelles le recrutement d'agents contractuels est autorisé pour les autres emplois publics. Plus spécifiquement, il a écarté les griefs des requérants s'agissant de l'imprécision de certaines expressions utilisées par le législateur (paragr. 27).

2. – Sur le grief tiré du principe d'égal accès aux emplois publics

* Le principe d'égal accès aux emplois publics découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en vertu duquel : « *Tous les citoyens [...] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* ».

En matière de recrutement d'agents publics, le Conseil constitutionnel n'exige pas une voie particulière mais juge, sur ce fondement, que le principe d'égal accès aux emplois publics impose qu'il ne soit tenu compte pour le recrutement de ces emplois que des capacités, des vertus et des talents.

Ainsi, saisi d'une loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie prévoyant que « *les statuts particuliers des corps de fonctionnaires de catégories C et D peuvent permettre le recrutement de ces fonctionnaires sans concours* », il a jugé par sa décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, « *qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires pourront autoriser le recrutement d'agents sans concours et qu'aucune disposition de la loi ne saurait être interprétée comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'ainsi le moyen tiré du principe de l'égal accès aux emplois publics ne saurait être retenu* »¹³.

Par ailleurs, saisi de dispositions permettant que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire soient nommées dans les emplois de directeurs

¹³ Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137*, cons. 10.

d'établissements publics de santé ou d'établissements sociaux ou médico-sociaux, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, jugé « que le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois permanents de direction d'établissement public qui sont en principe occupés par des fonctionnaires ; que, toutefois, ces dispositions ne sauraient être interprétées comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que, dès lors, d'une part, il appartiendra au pouvoir réglementaire, chargé de prendre les mesures d'application, de fixer les règles de nature à garantir l'égal accès des candidats à ces emplois et de préciser les modalités selon lesquelles leurs aptitudes seront examinées ; que, d'autre part, il appartiendra aux autorités compétentes de fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission ; que, sous cette double réserve, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de l'égal accès aux emplois publics »¹⁴.

Enfin, saisi de dispositions prévoyant qu'un décret en Conseil d'État détermine les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement, le Conseil constitutionnel a, par sa décision n° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011, jugé que *« si la disposition contestée réserve au Gouvernement un large pouvoir d'appréciation pour la nomination aux emplois supérieurs dans la fonction publique, dont les titulaires sont étroitement associés à la mise en œuvre de sa politique, elle ne lui permet pas de procéder à ces nominations en méconnaissant les dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789, en vertu desquelles son choix doit être fait en prenant en considération les capacités requises pour l'exercice des attributions afférentes à l'emploi »*¹⁵.

* S'inscrivant dans la continuité de ces jurisprudences, le Conseil constitutionnel a tout d'abord écarté l'argument selon lequel le principe d'égal accès aux emplois publics interdirait au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois qui sont en principe occupés par des fonctionnaires (paragr. 30).

Ensuite, le Conseil constitutionnel a constaté que le recrutement de ces agents contractuels devait nécessairement respecter une procédure garantissant le respect de l'article 6 de la Déclaration de 1789.

¹⁴ Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, cons. 12.

¹⁵ Décision n° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011 *M. Robert C. (Nomination aux emplois supérieurs de la fonction publique)*, cons. 4.

En effet, d'une part, en application de l'article 15 et de diverses dispositions de l'article 16 de la loi déferée, à l'exception des emplois supérieurs à la décision du Gouvernement, de ceux de directeur général des services d'une collectivité territoriale mentionnés précédemment et de ceux de direction de la fonction publique hospitalière, le recrutement d'agents contractuels pour pourvoir des emplois publics permanents doit respecter une procédure « *garantissant l'égal accès aux emplois publics* ». De plus, ainsi que l'indique l'article 15, l'autorité compétente doit assurer la publicité de la création de ces emplois et de leur vacance. Le Conseil constitutionnel n'a donc pas eu à formuler une réserve d'interprétation semblable à la première branche de celle énoncée dans sa décision du 16 juillet 2009 précitée.

D'autre part, reprenant en cela la formule utilisée dans la même décision, le Conseil a rappelé qu'« *il appartient aux autorités compétentes, sous le contrôle du juge, de fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission* » (paragr. 32). Le Conseil constitutionnel a précisé que cette obligation s'imposait pour tous les emplois publics, y compris donc pour ceux de direction ayant été exclus par le législateur de la procédure de recrutement mentionnée aux articles 15 et 16. En revanche, là non plus, le Conseil n'a pas, contrairement à ce qu'il avait fait en 2009 (dans la seconde branche de la réserve précitée), appuyé cette garantie sur une réserve d'interprétation dans la mesure où il a estimé que celle-ci découlait du paragraphe I de l'article 32 de la loi du 13 juillet 1983, lequel prévoit depuis la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 que « *les agents contractuels sont recrutés après appréciation de leur capacité à exercer les fonctions à pourvoir* ».

Enfin, le Conseil constitutionnel a relevé : « *Au surplus, en application de l'article 34 de la loi déferée, le recrutement d'un agent contractuel occupant un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient fait l'objet d'un contrôle déontologique, qui donne lieu, le cas échéant, à un avis de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique* » (paragr. 33).

Il a en conséquence écarté le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité devant les emplois publics.

3. – Sur les autres griefs

S'agissant du grief tiré de l'atteinte aux principes d'égalité et de continuité du service public, le Conseil a constaté que « *conformément à l'article 32 de la loi du 13 juillet 1983, sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires, sont applicables aux agents contractuels les chapitres II et IV de cette loi, relatifs respectivement aux garanties des fonctionnaires et à leurs obligations et à leur déontologie* » et que « *tout agent contractuel de droit public est soumis aux*

obligations résultant des principes d'égalité et de continuité inhérents au service public » (paragr. 35). Il a en conséquence écarté ce grief (même paragr.).

Enfin, répondant en cela aux députés requérants qui invoquaient « *un principe fondamental reconnu par les lois de la République d'exercice des fonctions régaliennes par des agents publics bénéficiant du statut de fonctionnaire* », il a jugé qu'« *aucune exigence constitutionnelle n'impose que tous les emplois participant à l'exercice de "fonctions régaliennes" soient occupés par des fonctionnaires* » (paragr. 36).

Le Conseil constitutionnel a en conséquence déclaré conformes à la Constitution les dispositions des articles 16, 18, 19 et 21 étendant les possibilités de recours à des agents contractuels pour pourvoir des emplois publics (paragr. 37).

III. – Encadrement du droit de grève dans la fonction publique territoriale (article 56)

I. – Présentation des dispositions contestées

* Issu d'un amendement adopté en séance publique en première lecture au Sénat, l'article 56 visait, selon ses auteurs, à donner un cadre pour l'exercice du droit de grève dans la fonction publique territoriale¹⁶. Il introduit à cette fin un article 7-2 dans la loi du 26 janvier 1984 précitée.

Le paragraphe I de cet article 7-2 prévoit que, dans les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'autorité territoriale et les organisations syndicales qui disposent d'au moins un siège dans les instances au sein desquelles s'exerce la participation des fonctionnaires peuvent engager des négociations en vue de la signature d'un accord visant à assurer la continuité de certains services publics. Cet accord, qui doit être approuvé par l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement, détermine les fonctions et le nombre d'agents indispensables ainsi que les conditions d'adaptation de l'organisation du travail et d'affectation des agents présents au sein du service, en cas de perturbation prévisible de ce dernier. À défaut de conclusion d'un accord dans un délai de douze mois, une délibération de l'organe délibérant détermine les services, les fonctions et le nombre d'agents indispensables afin de garantir la continuité du service public.

Le paragraphe II prévoit notamment que, dans le cas où un préavis de grève a été déposé dans les conditions prévues à l'article L. 2512-2 du code du travail¹⁷, les

¹⁶ Amendement n° 434 rect. présenté par Mme Christine Lavarde.

¹⁷ Selon lequel le « *préavis émane d'une organisation syndicale représentative au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé. / Il précise les motifs du recours à la grève. / Le préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé. Il mentionne le champ*

agents des services mentionnés au paragraphe I informent l'autorité territoriale de leur intention de participer à la grève, au plus tard quarante-huit heures avant cette participation.

Le paragraphe III permet à l'autorité territoriale, lorsque l'exercice du droit de grève en cours de service peut entraîner un risque de désordre manifeste dans l'exécution du service, d'imposer aux agents ayant déclaré leur intention de participer à la grève d'exercer leur droit dès leur prise de service et jusqu'à son terme.

Le paragraphe IV prévoit notamment que les agents n'ayant pas respecté les obligations qui précèdent sont passibles de sanctions disciplinaires.

* Les députés requérants faisaient valoir que ces dispositions étaient contraires au septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Selon eux, elles conduisaient, en effet, à ce que les conditions d'exercice du droit de grève dans les services publics locaux varient d'une collectivité territoriale à l'autre, en fonction des accords conclus avec les syndicats ou des décisions de chaque collectivité. Elles apportaient également des restrictions excessives au droit de grève, d'une part, en obligeant les agents publics, sous peine de sanctions disciplinaires, à déclarer à l'avance leur intention de participer à une grève et, d'autre part, en permettant à l'autorité territoriale d'imposer à ces agents d'exercer ce droit dès leur prise de service et jusqu'à son terme. Enfin, elles ne déterminaient pas avec suffisamment de précision les services publics et les agents susceptibles d'être soumis à ces nouvelles obligations. Pour le même motif, les députés requérants estimaient que ces dispositions étaient entachées d'incompétence négative, ce qui permettait à chaque collectivité territoriale de réglementer discrétionnairement l'exercice du droit de grève.

II. – Analyse de constitutionnalité

A. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit de grève

Aux termes du septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ». Cette réglementation générale du droit de grève n'a jamais été adoptée. Ont seulement été adoptées des lois particulières, réglementant ou interdisant ce droit pour certaines catégories professionnelles.

Le Conseil constitutionnel admet que la loi peut aller « *jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer*

géographique et l'heure du début ainsi que la durée limitée ou non, de la grève envisagée. / Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier ».

le fonctionnement des éléments du service [public] dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays »¹⁸.

Il a en outre posé de manière générale que le législateur peut apporter des « limites » au droit de grève. La formulation de principe en la matière est issue de la décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979¹⁹ et a été reprise sans modification depuis lors²⁰ :

« Considérant qu'aux termes du septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946: "Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent" ; qu'en édictant cette disposition, les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ».

Le Conseil a eu l'occasion de se prononcer sur la conciliation du droit de grève avec d'autres principes constitutionnels, tels que la continuité du service public²¹ ou la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens²², ainsi qu'avec des objectifs de valeur constitutionnelle, tels que « le bon ordre et la sécurité des personnes dans les aéroports et, par suite, la préservation de l'ordre public »²³.

En outre, le Conseil reconnaît la compétence du législateur pour « définir les conditions d'exercice du droit de grève et [...] tracer la limite séparant les actes et les comportements qui constituent un exercice licite de ce droit des actes et comportements qui en constitueraient un usage abusif »²⁴.

¹⁸ Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, cons. 1.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Par exemple : décision n° 2015-507 QPC du 11 décembre 2015, *Syndicat réunionnais des exploitants de stations-service et autres (Plan de prévention des ruptures d'approvisionnement de produits pétroliers outre-mer)*, cons. 6.

²¹ Décision n° 79-105 DC précitée, cons. 1.

²² Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, cons. 4.

²³ Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports*, cons. 6.

²⁴ Décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, cons. 7.

Dans le cadre ainsi défini, le Conseil juge notamment que le législateur peut exiger le dépôt d'un préavis préalablement au déclenchement d'une grève dans un service public²⁵.

Ces orientations jurisprudentielles ont été confirmées à plusieurs reprises.

En particulier, dans sa décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007 relative à la loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, le Conseil constitutionnel a jugé, en premier lieu, que la procédure obligatoire de prévention des conflits dans les entreprises chargées du service public du transport terrestre régulier de voyageurs ne portait pas atteinte à l'exercice du droit de grève.

Ainsi, le législateur a pu renvoyer à la négociation collective, et subsidiairement au décret, le soin de définir, dans le cadre fixé par la loi, les règles d'organisation et de déroulement de la procédure de prévention des conflits. En outre, il a pu fixer à un maximum de treize jours la durée pour négocier et mettre en place le plan de transport adapté avant le déclenchement de la grève. Par ailleurs, le rôle reconnu aux syndicats pour le dépôt d'un préavis de grève « *laisse entière la liberté de chaque salarié de décider personnellement de participer ou non à celle-ci* »²⁶. Enfin, selon le Conseil, « *il appartient au législateur d'édicter les mesures qui lui paraissent à même, pour éviter le recours répété à des grèves de courte durée mettant en cause la continuité du service public, d'assurer une conciliation entre la défense des intérêts professionnels et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève est de nature à porter atteinte* »²⁷.

En second lieu, dans la même décision, le Conseil a jugé que la loi a pu imposer à certains salariés d'indiquer, quarante-huit heures avant de participer à la grève, leur intention de se joindre au mouvement. Cette obligation de déclaration préalable, « *qui ne saurait être étendue à l'ensemble des salariés* », ne concernait que « *les salariés dont la présence détermine directement l'offre de services* »²⁸. Quant aux sanctions disciplinaires prévues, elles étaient « *uniquement destinées à réprimer l'inobservation de la formalité procédurale prévue par le législateur dont la méconnaissance ne confère pas à l'exercice du droit de grève un caractère illicite ; qu'elles ont vocation à conforter l'efficacité du dispositif afin de faciliter la réaffectation des personnels disponibles pour la mise en œuvre du plan de transport adapté* »²⁹. Enfin, cette obligation de déclaration « *ne s'oppose pas à ce*

²⁵ Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 précitée, cons. 2.

²⁶ Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, cons. 13.

²⁷ *Ibid.*, cons. 14.

²⁸ *Ibid.*, cons. 29.

²⁹ *Ibid.*

qu'un salarié rejoigne un mouvement de grève déjà engagé et auquel il n'avait pas initialement l'intention de participer, ou auquel il aurait cessé de participer, dès lors qu'il en informe son employeur au plus tard quarante-huit heures à l'avance »³⁰.

Dans la décision n° 2008-569 DC du 7 août 2008 relative à la loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire, le Conseil constitutionnel a contrôlé des dispositions, adoptées dans le but de permettre aux communes d'organiser un service d'accueil, qui imposaient à tout enseignant de déclarer préalablement à l'autorité administrative son intention de participer à une grève et qui prévoyaient un accord entre l'État et les syndicats sur les modalités selon lesquelles ces déclarations préalables seraient portées à la connaissance de l'autorité administrative.

Le Conseil les a déclarées conformes à la Constitution sous la réserve selon laquelle cet accord *« ne saurait conduire à ce que la transmission de ces déclarations soit assurée par les organisations syndicales ni avoir pour effet d'entraver la liberté de chaque enseignant de décider personnellement de participer ou non à la grève »*³¹.

Enfin, dans sa décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, un raisonnement analogue a conduit le Conseil constitutionnel à valider plusieurs aménagements apportés aux conditions d'exercice du droit de grève par la loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers.

Le Conseil a notamment pris soin de vérifier que le champ des salariés concernés par les obligations déclaratives instituées par la loi était suffisamment circonscrit : *« l'obligation de déclaration préalable, avant toute participation à une grève, instituée par les dispositions de la loi déferée, pèse sur les seuls salariés "dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols" ; [...] elle ne concerne ainsi que les salariés occupant un emploi de personnel navigant ou assurant personnellement l'une des opérations d'assistance en escale [...], de maintenance en ligne des aéronefs, de sûreté aéroportuaire, de secours et de lutte contre l'incendie ou de lutte contre le "péril animalier" »*³².

Il a ensuite relevé que *« le législateur n'a permis que soit prise une sanction disciplinaire qu'à l'encontre du salarié qui, abusant du droit de grève,*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Décision n° 2008-569 DC du 7 août 2008, *Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire*, cons. 17.

³² Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012 précitée, cons. 7.

s'abstient "de façon répétée" d'informer son employeur soit de son intention de renoncer à participer à la grève, soit de reprendre son service »³³.

Il a, en outre, jugé que « *l'obligation de déclaration préalable ne s'oppose pas à ce qu'un salarié rejoigne un mouvement de grève déjà engagé, auquel il n'avait pas initialement l'intention de participer, ou auquel il avait cessé de participer, dès lors qu'il en informe son employeur au plus tard quarante-huit heures à l'avance* » et que « *la méconnaissance de ces obligations de déclaration individuelle préalable n'a de conséquences ni sur le caractère licite de la grève ni sur l'obligation pour l'employeur de rémunérer le salarié pour les heures pendant lesquelles il n'est pas en grève* »³⁴.

B. – L'application à l'espèce

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord écarté le grief tiré de l'incompétence négative, jugeant que le législateur avait suffisamment défini le champ du nouveau dispositif d'encadrement du droit de grève dans certains services publics locaux :

– la loi prévoyait elle-même que ce dispositif s'applique aux services publics de collecte et de traitement des déchets des ménages, de transport public de personnes, d'aide aux personnes âgées et handicapées, d'accueil des enfants de moins de trois ans, d'accueil périscolaire et de restauration collective et scolaire, à la condition que leur interruption, en cas de grève des agents publics participant directement à leur exécution, puisse contrevenir au respect de l'ordre public, notamment à la salubrité publique, ou aux besoins essentiels des usagers de ces services. Le Conseil a jugé que, en « *retenant de telles conditions, dont les termes ne sont pas imprécis, le législateur a suffisamment délimité le champ des services publics soumis aux dispositions contestées* » (paragr. 49) ;

– le législateur avait suffisamment encadré le contenu de l'habilitation donnée aux organisations syndicales et à la collectivité territoriale ou à l'établissement public local pour déterminer, dans un accord, les fonctions et le nombre d'agents indispensables ainsi que les conditions d'organisation du travail et d'affectation au sein du service des agents présents (paragr. 50) ;

– le législateur n'a pas non plus méconnu l'étendue de sa compétence en prévoyant que, à défaut de conclusion d'un accord, il revient à l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement de déterminer les services, les fonctions et le nombre d'agents indispensables afin de garantir la continuité du service public (paragr. 51).

³³ *Ibid.*, cons. 8.

³⁴ *Ibid.*, cons. 9.

Le Conseil constitutionnel a ensuite examiné les différents aménagements apportés à l'exercice du droit de grève.

Il a d'abord relevé que l'obligation de déclaration préalable de participation à la grève, « *qui ne saurait être étendue à l'ensemble des agents* » (formulation identique à celle de la décision n° 2007-556 DC précitée), n'est opposable qu'aux seuls agents participant directement à l'exécution des services publics mentionnés ci-dessus et qualifiés d'« *indispensables* » à la continuité du service public dans l'accord ou dans la délibération de la collectivité ou de l'établissement (paragr. 53). Il a en outre souligné, dans le prolongement des décisions nos 2007-556 DC et 2012-650 DC précitées, qu'« *une telle obligation n'interdit pas à un de ces agents de rejoindre un mouvement de grève déjà engagé et auquel il n'avait pas initialement l'intention de participer, ou auquel il aurait cessé de participer, dès lors qu'il en informe l'autorité territoriale au plus tard quarante-huit heures à l'avance* » (même paragr.).

Il ensuite jugé qu'en permettant à l'autorité territoriale d'imposer aux agents en cause d'exercer leur droit de grève dès leur prise de service et jusqu'au terme de ce dernier, le législateur a entendu prévenir les risques de désordre manifeste dans l'exécution du service public causés par l'interruption ou la reprise du travail en cours de service : cette « *restriction apportée aux conditions d'exercice du droit de grève tend ainsi à éviter le recours répété à des grèves de courte durée mettant en cause la continuité du service public* » (paragr. 54). Il a également précisé que cette restriction « *n'oblige pas l'agent qui souhaite cesser son travail à le faire dès sa première prise de service postérieure au déclenchement de la grève* » (même paragr.) : il s'agit seulement d'interdire à l'agent d'interrompre son travail en cours de service, à une heure postérieure à celle du début de chaque prise de service suivant le déclenchement de la grève.

Enfin, s'inspirant de nouveau des décisions nos 2007-556 DC et 2012-650 DC précitées, le Conseil a jugé que les sanctions disciplinaires contestées étaient uniquement destinées à réprimer l'inobservation des obligations de déclaration préalable et d'exercice du droit de grève dès la prise de service, « *dont la méconnaissance ne confère pas à l'exercice du droit de grève un caractère illicite* » (paragr. 55).

Le Conseil constitutionnel a déduit de tous ces éléments que les aménagements apportés aux conditions d'exercice du droit de grève n'étaient pas disproportionnés au regard de l'objectif poursuivi par le législateur et a donc écarté le grief tiré de la méconnaissance du septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (paragr. 56). Il a ensuite déclaré conforme à la Constitution

l'article 7-2 de la loi du 26 janvier 1984, dans sa rédaction résultant de l'article 56 de la loi déferée (paragr. 57).