

N° 439031

Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur

N° 439216

Syndicat national des collèges et des lycées

4^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 9 juillet 2020

Lecture du 15 juillet 2020

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

L'article 72 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique (dite « loi TFP ») a créé un dispositif expérimental de rupture conventionnelle dans la fonction publique, sur le modèle du dispositif existant dans le secteur privé depuis la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail et codifié aux articles L. 1237-11 à L. 1237-16 du code du travail, lequel a connu rapidement un essor important (437 000 ruptures conventionnelles en 2018). Aux termes de cet article, l'administration et le fonctionnaire peuvent convenir en commun des conditions de la cessation définitive des fonctions, qui entraîne radiation des cadres et perte de la qualité de fonctionnaire. La rupture conventionnelle, qui résulte d'une convention signée par les deux parties, ne peut être imposée par l'une ou l'autre d'entre elles. Le dispositif est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et plusieurs milliers de demandes auraient été enregistrées dès les premières semaines de cette année.

Le dixième alinéa du I de cet article dispose que « *durant la procédure de rupture conventionnelle, le fonctionnaire peut se faire assister par un conseiller désigné par une organisation syndicale représentative de son choix* ». Son onzième alinéa précise que « *les modalités d'application du présent I, notamment l'organisation de la procédure, sont définies par décret en Conseil d'Etat* ».

Le décret n° 2019-1593 du 31 décembre 2019 relatif à la procédure de rupture conventionnelle dans la fonction publique a été pris pour l'application de ces dispositions législatives. Son article 3 précise les conditions d'appréciation de la représentativité des organisations syndicales habilitées à désigner un conseiller assistant le fonctionnaire dans la procédure : les organisations syndicales représentatives sont entendues comme celles disposant d'au moins un siège au sein du comité social d'administration (CSA) ministériel, de réseau ou de proximité dont relève l'agent. L'article 24 prévoit que, jusqu'à l'instauration des

CSA en 2022, la détention d'un siège au sein des comités techniques ministériels ou tout autre comité technique dont relève l'agent constitue le critère de représentativité.

A l'appui des recours pour excès de pouvoir qu'ils ont formés contre les articles 3 et 24 du décret du 31 décembre 2019, le Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur (SAGES) et le Syndicat national des collèges et des lycées (SNCL) ont introduit chacun une question prioritaire de constitutionnalité identique, contestant la conformité à la Constitution des deux alinéas précités de l'article 72 de la loi TFP.

Les dispositions législatives contestées sont à l'évidence applicables au litige et n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Les organisations requérantes soulèvent, dans une argumentation foisonnante, de nombreux griefs à l'encontre du 10^{ème} alinéa de l'article 72 réservant aux organisations syndicales représentatives la possibilité de désigner un conseiller chargé d'assister le fonctionnaire dans la procédure de rupture conventionnelle.

Si les griefs tirés de l'atteinte à des situations légalement acquises, de la méconnaissance du principe de libre concurrence des syndicats, de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle ne nous paraissent pas présenter de caractère sérieux, il nous semble que ceux tirés de la méconnaissance du principe d'égalité entre organisations syndicales et entre agents publics posent une question sérieuse.

L'argumentation développée est simple : il n'y a aucune raison de subordonner à une condition de représentativité la possibilité pour une organisation syndicale de porter une assistance individuelle à un fonctionnaire souhaitant conclure une rupture conventionnelle avec son employeur.

Cette argumentation n'est susceptible de prospérer que si vous tranchez comme nous vous le proposons la question de l'interprétation à donner aux dispositions législatives contestées. En ce qu'elles prévoient que « *le fonctionnaire peut se faire assister par un conseiller désigné par une organisation syndicale représentative de son choix* », signifient-elles qu'il est loisible au fonctionnaire d'être accompagné ou non, mais que s'il fait le choix d'être assisté ce ne peut qu'être par un conseiller désigné par une organisation syndicale représentative de son choix ? Ou doivent-elles être comprises comme se bornant à autoriser explicitement la possibilité que le fonctionnaire soit accompagné d'un conseiller d'un syndicat de son choix, sans exclure pour autant qu'il soit accompagné de toute autre personne s'il entend être accompagné ?

Votre 7^{ème} chambre jugeant seule a très récemment pris ce dernier parti pour l'interprétation de dispositions similaires. Pour refuser de renvoyer au CC une question prioritaire de constitutionnalité également soulevée par le SAGES, elle a en effet jugé que si l'article 14 bis de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires de la fonction publique de l'Etat, issues du II de l'article 10 de la loi du 6 août 2019, prévoit que « *les agents peuvent choisir un représentant désigné par l'organisation syndicale représentative de leur*

choix pour les assister dans l'exercice des recours administratifs » contre certaines décisions individuelles défavorables, ces dispositions ne sauraient avoir pour effet de faire obstacle à ce que des agents se fassent assister dans la préparation de ces recours, s'ils le souhaitent, par le représentant d'un syndicat non représentatif (5 juin 2020, *Syndicat des agrégés du supérieur*, n° 438230, inédit). Il semble que votre 7^{ème} chambre ait alors choisi de procéder à une interprétation conforme à la Constitution des dispositions contestées, dont la lettre le permettait, et réaliste dès lors qu'il paraissait difficile en pratique d'imposer une telle restriction pour l'exercice d'un recours administratif qui existe contre toute décision administrative, même sans texte, et qui ne fait l'objet d'aucune organisation procédurale, puisqu'il prend la forme d'un courrier sollicitant le retrait ou la modification de la décision contestée.

Vous pourriez être tentés de procéder à une même interprétation neutralisante des dispositions aujourd'hui contestées.

Il ne nous semble cependant pas possible d'y procéder dès lors que la genèse de ces dispositions et les travaux parlementaires conduisent clairement à retenir l'interprétation inverse. Les dispositions en cause sont effet issues d'un amendement de l'UNSA lors de l'examen de l'avant-projet de loi par le Conseil commun de la fonction publique et, alors qu'un amendement déposé par le député Jolivet lors de l'examen du projet de loi à l'Assemblée nationale visait à permettre au fonctionnaire de se faire assister par la personne de son choix et non pas uniquement par une organisation syndicale représentative, il a été rejeté conformément à l'avis du Gouvernement, lequel a justifié son avis défavorable par sa volonté « d'être fidèle aux discussions que nous avons eues avec les organisations syndicales et les représentants des employeurs ». Relevons en outre que l'interprétation de l'article 72 de la loi TFP comme réservant la possibilité de désigner un conseiller assistant le fonctionnaire aux seules organisations syndicales représentatives semble bien être celle retenue par le pouvoir réglementaire dès lors que l'article 3 du décret attaqué prévoit que ce n'est qu'à défaut de représentant de représentant du personnel relevant d'organisations syndicales représentatives au sein du comité social territorial ou au sein du comité social d'établissement que le fonctionnaire peut se faire assister par un conseiller syndical de son choix.

Nous pouvons donc en venir à l'examen du grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité.

Précisons d'abord que la circonstance que le dispositif issu de l'article 72 de la loi TFP soit expérimental (pour une durée de six ans) est sans incidence sur cet examen en l'espèce. En effet, l'inégalité ici en litige n'est pas consubstantiellement liée à l'expérimentation elle-même, ce qui est le cas lorsque l'inégalité est vouée à être supprimée en cas de généralisation du dispositif (voir : décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, bien éclairée sur ce point par le commentaire aux Cahiers). Il n'est pas question ici d'inégalité entre des personnes qui seraient concernées par l'expérimentation et d'autres qui ne le seraient pas mais d'une inégalité inhérente au dispositif expérimenté qui n'est pas de nature à disparaître en cas de pérennisation de l'expérimentation. Il faut donc contrôler les dispositions contestées au regard du principe d'égalité devant la loi dans le cadre

de la jurisprudence habituelle en la matière, selon laquelle ce principe n'interdit pas les différences de traitement à condition qu'elles soient justifiées par une différence de situation ou par un intérêt général, tous deux en rapport avec l'objet de la règle, et proportionnées à cette justification.

Il est certain que cette disposition législative institue une différence de traitement entre les organisations syndicales selon leur représentativité pour l'assistance aux agents dans la procédure de rupture conventionnelle, ainsi qu'entre les fonctionnaires dès lors que ceux appartenant à un syndicat non représentatif ne pourront être assistés par un conseiller syndical désigné par leur syndicat, à l'inverse des agents adhérents à une organisation représentative.

Le Conseil constitutionnel contrôle le respect du principe d'égalité entre les organisations syndicales (décision n° 2011-216 QPC du 3 février 2012, § 5). Vous jugez pour votre part que l'exigence de pluralisme syndical et le principe général de représentativité impose de traiter également tous les syndicats reconnus représentatifs et interdit notamment de limiter à certains d'entre eux le droit de désigner leurs représentants dans les commissions administratives paritaires (2/6 SSR, 22 mars 1995, *Union des syndicats des cadres de La Poste et de France Télécom*, n° 155821, au Recueil).

Ainsi que le soulignent les requérants, on peine à voir en quoi cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi qui porte sur l'assistance du fonctionnaire dans la démarche individuelle qu'est la conclusion d'une rupture conventionnelle avec son employeur.

Certes le Conseil constitutionnel a reconnu qu'il était loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales et il a jugé conforme à la Constitution une disposition tendant à assurer que la négociation collective soit conduite par des organisations dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles (décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, § 6). Il juge ainsi que ne méconnaissent le principe d'égalité devant la loi ni la disposition prévoyant que les conseillers prud'hommes seront désignés en fonction du critère d'audience qui fonde la représentativité des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs (décision n° 2014-704 DC du 11 décembre 2014, § 8 à 14) ni celle fondant le régime de la représentativité des organisations syndicales des professionnels de santé et celui de la passation des conventions nationales sur l'audience de ces organisations aux élections aux unions régionales des professionnels de santé (décision n° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, § 8).

Le juge constitutionnel admet que certaines prérogatives particulières soient réservées aux organisations syndicales représentatives :

- Une disposition réservant aux organisations représentatives la possibilité de faire opposition aux accords ou conventions passés entre les professions médicales et

les caisses (...) ne méconnaît pas la liberté syndicale (décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, § 28) ;

- eu égard à la nature particulière du droit de grève, le législateur peut confier à des organisations syndicales représentatives des prérogatives particulières relatives au déclenchement de la grève, ce rôle reconnu à ces organisations pour le dépôt d'un préavis de grève laissant entière la liberté de chaque salarié de décider personnellement de participer ou non à celle-ci (décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, § 13).

Mais ces prérogatives réservées aux organisations syndicales représentatives sont toujours liées à la représentation des travailleurs et à la négociation collective ou à l'action collective que constitue l'exercice du droit de grève. Pour la représentation des travailleurs et la négociation collective, il est indéniable que le degré de représentativité d'une organisation syndicale est un critère de distinction pertinent : il s'agit par exemple de déterminer quelle organisation est légitime à désigner un délégué syndical et à signer un accord ou à s'y opposer au nom des salariés. S'agissant de l'exercice du droit de grève, ainsi que l'indique le commentaire aux Cahiers de la décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, « le monopole syndical prévient les grèves sauvages non représentatives, rend l'action collective plus maîtrisable et permet aux salariés d'être mieux organisés dans leur rapport avec l'employeur ».

Rien de comparable dans la disposition en cause. Il est ici question d'assistance individuelle à un agent dans la négociation d'une rupture conventionnelle avec son employeur, le rôle du conseiller désigné par le syndicat étant alors la défense des intérêts individuels de l'agent, et non des intérêts collectifs des travailleurs que cette organisation représente. Le critère de représentativité fait indéniablement moins sens en la matière. On peut certes estimer qu'un syndicat représentatif est susceptible d'avoir davantage de moyens et d'être ainsi mieux à même d'apporter une assistance efficace mais il s'agit d'un raisonnement sujet à caution. Surtout, il est permis de penser que le représentant syndical le mieux placé pour porter assistance à un agent est celui de l'organisation auquel adhère l'agent et avec lequel il entretient de ce fait une relation de confiance.

Relevons par ailleurs, même si cela n'est pas en soi déterminant, que, selon l'article L. 1234-12 du code du travail, les salariés peuvent se faire assister par tout salarié de l'entreprise de leur choix au cours de l'entretien lors duquel les parties au contrat de travail conviennent du principe d'une rupture conventionnelle. Une telle règle fait écho à celle figurant à l'article L. 122-1 du code des relations entre le public et l'administration, qui permet à la personne à l'égard de laquelle il est envisagé de prendre une des décisions administratives individuelles défavorables mentionnées à l'article L. 211-2 du même code de se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix.

Il nous semble donc que la QPC est suffisamment sérieuse pour être renvoyée au Conseil constitutionnel en tant qu'elle met en cause le dixième alinéa du I de l'article 72 de la loi TFP.

Il n'en va pas de même en tant qu'elle met en cause l'alinéa suivant de la même disposition.

Les syndicats requérants soutiennent que la disposition législative qu'ils critiquent est entachée d'incompétence négative en ce qu'elle délègue au pouvoir réglementaire le soin de définir les critères de représentativité, alors que l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'Etat et de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical.

Votre jurisprudence distingue cependant la définition des critères de représentativité des organisations syndicales de manière générale, qui relève de la compétence exclusive du législateur, au titre de la détermination des principes fondamentaux du droit syndical, et l'adaptation des critères de représentativité pour l'octroi de certains avantages ou certaines prérogatives, à laquelle le pouvoir réglementaire est compétent pour procéder (4/1 SSR, 22 juin 1983, *CIDUNATI*, n° 25164, aux Tables ; 5/3 SSR, 26 mars 1993, *FNSEA*, n° 116389, au Recueil ; 1/6 SSR, 23 juillet 2014, *Syndicat national des collèges et des lycées*, n° 358349, aux Tables). Dans ses conclusions sur votre décision *FNSEA*, Serge Daël estimait que les principes fondamentaux du droit syndical recouvraient les seuls « éléments essentiels du droit syndical : liberté de constitution, d'organisation, d'expression, capacité de négocier et de contracter... ». Dans cette décision, vous avez jugé qu'un décret ayant pour objet de fixer les conditions de représentation des organisations d'exploitants agricoles au sein d'organismes et de commissions dont la création résulte de dispositions réglementaires et dont le caractère est essentiellement consultatif ne pouvait être regardé comme déterminant des principes fondamentaux de l'exercice du droit syndical dans le secteur de l'agriculture.

Il nous semble que la détermination de critères de représentativité, fondés sur l'audience électorale conformément à l'esprit de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, laquelle a prévu au III de l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983 que le droit de négocier des accords serait réservé aux organisations disposant d'au moins un siège dans les organismes consultatifs pertinents, pour l'exercice d'une prérogative très circonscrite et limitée à l'assistance d'un agent dans une situation individuelle, relève de ce que Serge Daël appelait la détermination d'une « représentativité spécialisée », pour laquelle le pouvoir réglementaire est compétent.

Même si la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne donne aucune indication sur ce point, nous pensons que la question de constitutionnalité posée, en tant qu'elle vise le onzième alinéa de l'article 72 de la loi du 6 août 2019, n'est ni nouvelle ni sérieuse.

PCMNC au renvoi au Conseil constitutionnel de la QPC en tant seulement qu'elle porte sur le dixième alinéa du I de l'article 72 de la loi du 6 août 2019.