

N° 460776  
Fédération Sud Education

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 19 septembre 2022

Lecture du 10 octobre 2022

## Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

Ce recours dirigé contre le **contenu d'une « foire aux questions » (FAQ)** diffusée sur le site internet du ministère de l'éducation nationale pose une intéressante question sur **l'étendue des droits syndicaux en période de crise sanitaire**, tout en vous faisant toucher du doigt certaines limites propres à votre jurisprudence sur la contestation des actes dits « de droit souple ».

1. La fédération Sud-Education vous demande en l'occurrence d'annuler la réponse à la question : « *Quelles sont les recommandations concernant la tenue des réunions syndicales et les absences pour motif syndical ?* », qui a été publiée le 6 janvier 2022 dans la rubrique « règles spécifiques aux personnels » de la FAQ destinée à répondre à l'ensemble des questions concrètes qui se posent dans l'éducation nationale pour faire face à la crise de Covid-19. Cette publication est intervenue durant une phase de forte résurgence de l'épidémie au début de l'année.

L'administration y précise d'abord qu'aucune interdiction générale ne peut être opposée à l'exercice du droit syndical. Il est ensuite indiqué que seules des nécessités de service précisément motivées par des contraintes spécifiques liées à l'école ou l'établissement d'affectation de l'agent peuvent justifier un refus pour la mise en œuvre de l'une des modalités d'exercice du droit syndical (stages de formation, réunion d'information, autorisations spéciales d'absence), chaque refus devant être motivé.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Le paragraphe suivant, dont nous vous invitons à considérer, au vu des écritures, qu'il constitue l'objet exact du présent REP, précise que : « *Face à une situation imprévisible qui empêche le fonctionnement du service, et sous les mêmes conditions de motivation, une autorisation de participation pourrait être retirée. Ainsi pourrait-il en être pour une autorisation de participation à un stage de formation syndical délivrée, conformément aux textes, au moins quinze jours à l'avance* ».

Le syndicat requérant estime que ces dernières prescriptions méconnaissent les règles applicables en matière d'absence pour motif syndical.

2. Avant d'en venir à cette argumentation, il vous faut répondre à deux questions préalables.

2.1. La première concerne la **justiciabilité de la « décision »** qui vous est déférée.

Vous savez que, dans la lignée de votre jurisprudence sur le droit souple<sup>1</sup> et depuis votre décision de Section 12 juin 2020, *Gisti*, n° 418142, p. 192, ce n'est plus le critère du caractère impératif de l'acte attaqué qui conditionne la recevabilité d'un recours contre les circulaires, notes ou autres instructions mais celui tiré de leurs **effets notables sur les droits ou la situation** d'autres personnes que les agents chargés de leur mise en œuvre.

Vous venez très récemment de faire application de ce principe à une FAQ publiée sur le site de la CNIL, dans laquelle cette autorité de régulation donne son interprétation du champ d'application des exemptions à l'obligation de consentement préalable au dépôt des traceurs de connexion. Vous y avez estimé qu'une telle prise de position était susceptible d'avoir des effets notables sur la situation des utilisateurs et abonnés de services électroniques, de sorte qu'il est possible de former un REP contre les énonciations qu'elle contient (CE 8 avril

---

<sup>1</sup> Assemblée, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023, p. 88 ; Assemblée, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n°s 368082 368083 368084, p. 76

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

2022, *Syndicat national du marketing à la performance et Collectif des acteurs du marketing digital*, n° 452668, à publier au Recueil)<sup>2</sup>.

Cela ne signifie pas, naturellement, que le contenu de n'importe quelle FAQ est susceptible de recours mais que, si ce contenu répond au critère d'effets notables posé par votre jurisprudence, vous jugerez recevable la contestation formée à son endroit.

Ces « effets notables » tiennent eux-mêmes à un certain nombre d'indices dont l'appréciation ne sera sans doute jamais dénuée d'une certaine part de casuistique puisqu'elle mêle des critères tantôt objectifs tantôt subjectifs. Il nous semble à cet égard que doit d'abord entrer en ligne de compte la teneur du document critiqué, qui doit présenter un minimum de clarté et d'assertivité et témoigner ainsi de la volonté de son auteur de rappeler ou d'énoncer des règles – ce qui recoupe plus ou moins la condition d'impérativité que retenait la jurisprudence *D...* L'existence d'effets notables pourra également, et parfois seulement, tenir à l'autorité qui s'attache à l'auteur, au contexte ou au mode de diffusion du document. A ce titre, c'est plutôt la perception de la norme que son assise juridique qui compte. Ainsi, une FAQ figurant sur un site ministériel ou sur celui d'une autorité de régulation acquiert, quasiment de ce seul fait, un caractère prescriptif aux yeux de ses lecteurs et son contenu est par là-même susceptible de produire des effets notables sur de nombreuses personnes.

En l'espèce, au vu du passage critiqué par le syndicat, on peut hésiter un instant car l'emploi du conditionnel est de nature à relativiser la portée du document. En revanche, sa diffusion, à une période particulièrement délicate, sur le site internet du ministère, qui est donc accessible au plus grand nombre et confère à la position exprimée un caractère officiel, nous paraît plaider en faveur de la reconnaissance de ses effets potentiellement notables. Nous observons du reste que Guillaume Odinet envisageait explicitement, dans ses conclusions sous la décision *Gisti* précitée, que le dépassement de la jurisprudence *D...* permettrait « plus facilement de contester les pages internet d'explications ou de questions-réponses qui, en remplaçant les circulaires, servent de référence à l'administration

---

<sup>2</sup> Cette solution nous paraît nécessairement abandonner la jurisprudence CE 17 mai 2017, *M. Lacquement*, n°404270, p. 408, qui reposait elle-même sur la jurisprudence *Duvignères*.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

pour l'application de la loi ».

Dans cette logique d'ouverture du prétoire, le présent recours nous paraît donc recevable.

## **2.2. La seconde question préalable conduit à s'interroger sur l'existence d'une cause de non-lieu.**

En effet, il apparaît que le contenu critiqué, qui a été mis en ligne le 6 janvier 2022, ne figure plus sur le site internet du ministère. Il doit donc, à tout le moins, être regardé comme abrogé.

Cette circonstance serait normalement sans incidence au regard de l'objet des conclusions présentées devant vous, qui tendent expressément à l'annulation de la FAQ, c'est-à-dire à son anéantissement rétroactif.

Il reste – et c'est là que votre jurisprudence *Gisti* peut prendre un tour vertigineux – que vous prononcez également un non-lieu sur des conclusions à fin d'annulation lorsque l'acte attaqué, bien qu'étant seulement abrogé, n'a reçu aucune exécution (Assemblée 12 décembre 1953, *Union nationale des associations familiales*, p. 545 ; CE 6 mai 1985, *Commune du Pellerin*, n° 16722, T. pp. 661-735).

Or, au vu de la nature-même de la plupart des actes de droit souple, au premier rang desquels figurent les recommandations du type de celle dont vous avez à connaître aujourd'hui, il n'est pas toujours aisé de dire en quoi ils ont « reçu application ».

Vous n'êtes pas, en effet, devant un acte dont les effets de droit résultent de sa propre édicition et il n'emporte pas, par lui-même, d'application.

Au reste, on ne peut que constater que l'éventuelle décision d'annulation que vous seriez amenés à prendre n'aura que des conséquences abstraites : non seulement le « retrait » du contenu illégal d'une FAQ ne pourra se matérialiser que pour l'avenir mais, en outre, la reconnaissance de son illégalité n'aura pas non

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

plus d'effets rétroactifs sur l'ordonnancement juridique. Une annulation n'aurait ainsi qu'un effet platonique et rendrait par ailleurs inutile toute injonction.

Vous pourriez donc assez opportunément estimer qu'au vu de la nature de l'acte dont l'annulation est demandée, son abrogation suffit à faire perdre son objet au litige.

Après réflexions, nous ne vous le proposerons cependant pas car il nous semble qu'une telle solution ferait perdre de son intérêt à votre jurisprudence *Gisti* qui, en consacrant l'idée « d'effets notables » d'un document, nous paraît implicitement admettre l'utilité d'un recours en annulation dirigé contre ce type d'acte. D'autre part, s'il est difficile de déterminer ici si la FAQ a « reçu application », il est tout aussi délicat d'affirmer le contraire et on ne peut nier que l'annulation contentieuse d'un tel « acte » peut à tout le moins, pour les requérants, offrir un bénéfice moral qui confère une forme d'utilité à leur requête.

Si vous nous suivez dans cette approche, vous n'aurez pas à prononcer de non-lieu et vous pourrez en venir au cœur du litige.

**3.** Le premier des deux moyens soulevés par la requérante est le plus délicat.

Il est soutenu que la décision contestée méconnaît l'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration en ce qu'elle autorise, sans condition de délai, **le retrait ou l'abrogation d'une autorisation d'absence pour participation à une activité syndicale.**

La FAQ ne précise pas exactement quel type d'autorisation d'absence sont concernées mais il nous semble qu'il s'agit principalement ici du congé pour formation syndicale régi par le décret n° 84-474 du 15 juin 1984 relatif à l'attribution aux agents de l'Etat ainsi que des autorisations spéciales d'absence prévues par le décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

**3.1.** Une chose ne nous paraît guère douteuse : il s’agit là de **décisions créatrices de droits**, ce qu’a du reste déjà reconnu votre jurisprudence même si, curieusement, nous n’avons pas trouvé de décisions fichées sur ce point (CE 27 février 1987, *A...*, n° 75959 ; CE 8 mars 1996, *Syndicat CFDT des services de santé et sociaux de la Gironde*, n° 150786).

Comme vous le savez, l’article L. 242-1 CRPA interdit en principe à l’administration d’abroger ou de retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou à la demande d’un tiers que si elle est illégale et si l’abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision.

Il n’en va autrement, ainsi qu’en dispose l’article L. 242-2 du même code, que lorsqu’est en cause une décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n’est plus remplie, auquel cas l’administration peut l’abroger sans condition de délai.

**3.2.** La combinaison de ces dispositions conduit à se poser une première question d’ordre pratique – dont on voit qu’elle fait toucher les limites du recours dirigé contre les actes de droit souple.

Si la FAQ incriminée énonce que l’autorisation peut être « retirée », le ministre vous invite en défense à considérer que ces dispositions doivent seulement être lues comme permettant d’abroger, et non de retirer, de telles autorisations. Il argue à cet égard que « les décisions d’octroi n’ayant vocation à produire d’effet qu’au jour de l’absence effective de l’agent, la sortie de vigueur de ces actes ne comporte aucun effet rétroactif et doit donc être nécessairement assimilée à une abrogation ».

On voit que le manque de densité juridique de ce type d’acte ne manque pas de poser question : faut-il retenir une lecture littérale de la FAQ, en y donnant au mot « retirées » son sens juridique exact ? ou bien peut-on en adopter une approche plus constructive, à condition de ne pas dénaturer le sens de la réponse ministérielle ?

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.*

Dans le premier cas, votre sanction sera immédiate : en effet, l'exception prévue par l'article L. 242-2 ne vaut pas pour les décisions de retrait mais uniquement pour les abrogations et vous ne pourrez donc que constater que la position adoptée par l'administration méconnaît l'article L. 242-1.

Cependant, au vu de la nature du présent recours et au regard des faits de l'espèce, notamment de la rédaction adoptée, qui recourt largement au conditionnel et qui ne fait aucune référence au caractère rétroactif de la mesure envisagée, nous serions à ce stade tenté de favoriser la seconde hypothèse.

**3.3.** Toutefois, même en faisant cet effort, nous ne pensons pas, contrairement à ce que soutient le ministre, que les décisions en cause constituent des « décisions conditionnelles » au sens de la législation ou de votre jurisprudence.

Certes, les textes régissant les conditions d'octroi des congés pour formation syndicale (art. 4 D. n° 84-474) ou des autorisations spéciales d'absence (art. 13 D. 82-447) comportent tous la mention que leur bénéficiaire ne peut être accordé que « sous réserve des nécessités du service ». Mais il s'agit là d'une condition qui est mise à leur octroi (ou à leur refus) et non, à strictement parler, à leur « maintien ». En d'autres termes, aucun texte ne conditionne expressément le maintien de l'autorisation accordée à l'appréciation des nécessités du service. Cela s'explique du reste assez aisément car, en pratique, les délais entre une demande d'autorisation d'absence syndicale et sa mise en œuvre sont courts.

Au demeurant, dans une matière dont la sensibilité n'est pas à souligner, il nous paraîtrait délicat de relever de manière prétorienne le caractère conditionnel de telles autorisations.

Dans ces conditions, vous pourrez juger que les énonciations de la FAQ méconnaissent les dispositions de l'article L. 242-1 du CRPA, ce qui vous conduira à prononcer leur annulation.

**3.4.** Nous voudrions cependant faire une dernière observation sur ce point, qui, si vous la partagez, limitera partiellement la portée de ce que vous jugerez.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Nous pensons en effet que si vous lisiez la FAQ comme se limitant à faire application de la théorie des circonstances exceptionnelles – et une telle lecture n’est pas aberrante dès lors qu’elle fait état « d’une circonstance imprévisible qui empêche le fonctionnement du service » – alors ses énonciations ne seraient, selon nous, entachées d’aucune illégalité.

Vous savez en effet que cette théorie conduit à effacer les illégalités en raison de la survenance d’événements exceptionnels lorsque trois séries de conditions sont réunies : caractère exorbitant (et non simplement grave) de la situation ; absence de moyen d’agir alors qu’il y a nécessité publique à agir ; existence d’un but d’intérêt général poursuivi de manière strictement proportionnée<sup>3</sup>.

Pour caractériser une situation exceptionnelle « au sens de » la théorie éponyme, le Pdt Odent citait les « invasions, cataclysmes naturels, émeutes à caractère révolutionnaire, épidémies graves »<sup>4</sup> : la crise du covid, au titre de laquelle la FAQ a été conçue, fait indubitablement partie de cette dernière catégorie!

S’agissant de l’absence de moyen d’agir, nous venons de voir que la stricte application de la loi rendrait normalement impossible, pour l’autorité d’emploi, le fait de retirer ou même abroger une décision d’autorisation d’absence.

Enfin, le fait d’assurer la continuité du service public nous paraît constituer un motif d’intérêt général suffisant qui serait assuré de manière proportionnée dès lors que ce n’est que lorsque le service est empêché de fonctionner que le document litigieux prévoit la suppression de l’autorisation syndicale.

Il nous semble donc que vous pourriez réserver expressément le cas des circonstances exceptionnelles dans la décision que vous rendrez.

Pour le dire en des termes plus simples et même si tout est affaire d’espèce,

---

<sup>3</sup> Voir concl. M. Letourneur sur CE 16 avril 1948, *L...*, p. 161

<sup>4</sup> Contentieux administratif, t. I, p. 376

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

si des difficultés de la même ampleur que celles que le pays a connu lors des premiers confinements de l'année 2020 survenaient à nouveau, nous pensons que l'administration ne commettrait aucune illégalité en procédant de la façon prévue dans la réponse figurant dans la FAQ litigieuse.

4. Précisons enfin que le second moyen, qui est présenté à titre subsidiaire, ne vous retiendrait guère. Il avance que les énonciations contestées de la FAQ porte une atteinte disproportionnée à la liberté syndicale.

Toutefois, si vous estimiez que le premier moyen n'est pas fondé, nous ne voyons pas, en revanche, en quoi le fait de prévoir qu'une autorisation d'absence peut être retirée en cas de situation imprévisible empêchant le fonctionnement du service constituerait une atteinte disproportionnée à cette liberté.

Certes, la liberté syndicale constitue une liberté fondamentale mais elle doit elle-même se concilier, comme le Conseil constitutionnel et vous-mêmes l'avez plusieurs fois jugé, avec le principe de continuité du service public, principe général du droit et principe de valeur constitutionnelle (CE 13 juin 1980, *Dame B...*, n° 17995, A ; CC 5 juillet 1979, n° 79-105 DC).

Vous avez également déjà jugé que l'administration ne peut refuser une demande d'autorisation d'absence si elle est en mesure d'assurer le fonctionnement du service par d'autres moyens (JRCE 2 juillet 2021, *M. H...*, n° 453961, C).

Mais *a contrario*, si elle établit qu'elle s'en trouve empêchée – hypothèse qui est celle que retient la FAQ, il n'y aurait pas d'atteinte à la liberté syndicale à retirer une telle autorisation.

5. Mais par les motifs qui précèdent, nous concluons :

- à l'annulation, dans la rubrique « foire aux questions » du site internet du ministère de l'éducation nationale, des mots : « Face à une

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

situation imprévisible qui empêche le fonctionnement du service, et sous les mêmes conditions de motivation, une autorisation de participation pourrait être retirée. Ainsi pourrait-il en être pour une autorisation de participation à un stage de formation syndical délivrée, conformément aux textes, au moins quinze jours à l'avance. »

- à ce que l'Etat verse une somme de 3 000 euros à la fédération Sud Education au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*