

D. EXT.

CONCLUSIONS

d'Alexandre LALLET, rapporteur public

Le syndicat national des professionnels de santé au travail vous demande l'annulation d'un arrêté conjoint du ministre de la justice, du ministre de l'intérieur, du ministre du travail et de la fonction publique et du ministre du budget du 2 août 2010 qui fixe les conditions d'aptitudes physiques particulières pour l'accès aux emplois de 7 corps de fonctionnaires relevant de la police nationale, des douanes et de l'administration pénitentiaire.

Votre compétence ne fait aucun doute et cette organisation, eu égard à son objet très large qui englobe l'ensemble du champ de la santé au travail, est certainement recevable à vous déférer ce texte, qui touche à l'aptitude physique des candidats et au rôle de la médecine de prévention.

Elle conteste tout d'abord l'arrêté en tant qu'il fixe des conditions d'aptitude physique particulières pour l'accès aux différents corps concernés. Elle soulève à cette fin plusieurs moyens de légalité externe adossés au décret du 14 mars 1986 relatif notamment aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics. L'article 22 de ce décret pose tout d'abord une règle de fond selon laquelle « *Lorsque la nature des fonctions exercées par les membres de certains corps de fonctionnaires le requiert, l'admission dans ces corps peut, à titre exceptionnel, être subordonnée à des conditions d'aptitude physique particulières* ». Il poursuit par une double règle de procédure : d'une part, un décret en Conseil d'Etat pris après avis des comités techniques compétents et du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat est censé fixer la liste des corps pour lesquels de telles conditions particulières pourront

être prévues, et définir ces conditions pour chacun des corps. D'autre part, il renvoie à un arrêté interministériel, signé notamment du ministre de la santé, le soin de fixer les modalités des examens médicaux pour les candidats à ces mêmes corps.

Le syndicat requérant estime que l'arrêté litigieux, qui fixe lui-même des conditions d'aptitude particulières, est entaché d'incompétence, dès lors que le décret de 1986 réserve cette faculté à un décret en Conseil d'Etat et, en tout état de cause, que le ministre de la santé n'est pas signataire de l'arrêté litigieux, ainsi que d'irrégularité, puisque ni les comités techniques compétents, ni le CSFPE n'ont été consultés préalablement à son édicition.

Mais comme l'indique le ministre en défense, la base légale de l'arrêté litigieux n'est pas à rechercher dans le décret de 1986, mais dans les décrets en Conseil d'Etat portant statut particulier de chacun des corps concernés, pris sur le fondement du statut général. Ceux-ci prévoient dans leur principe l'existence de conditions particulières d'aptitude physique pour les concours, et renvoient chacun à un arrêté interministériel le soin de fixer les conditions d'aptitudes physiques particulières pour l'accès à ces corps. Par ailleurs, vous avez jugé que les modalités précises d'accès à un corps n'étaient pas des règles statutaires devant être soumises aux comités techniques paritaires en application du décret du 28 mai 1982, mais de simples règles d'exécution des règles statutaires figurant dans le décret portant statut particulier (voyez à propos de modalités d'organisation d'un concours, CE, 4 mars 1983, Syndicat national CFTC des affaires sociales, n° 31229, aux Tables ; et à propos précisément de conditions d'aptitude physique : CE, 15 février 2002, Syndicat national professionnel des médecins du travail, n° 224011). *A fortiori*, la consultation du CSFPE ne s'imposait donc pas. De ce point de vue, les moyens de légalité externe ne sont pas fondés.

Le syndicat soutient toutefois en réplique que les décrets portant statut particulier n'ont pu déroger aux dispositions générales de l'article 22 du décret du 14 mars 1986, qui resterait donc opposable à l'arrêté litigieux.

Il s'agit dans tous les cas de décrets en Conseil d'Etat. Or, en règle générale, un texte ayant la même force juridique qu'un autre texte peut y déroger.

Il est vrai que, par exception, vous considérez qu'une autorité administrative est tenue de se conformer aux dispositions réglementaires légalement édictées qui fixent les règles de forme et de procédure selon lesquelles elle doit exercer ses compétences, aussi longtemps qu'elle ne les a pas abrogées, de sorte qu'une telle règle fixée par un décret en Conseil d'Etat A s'impose à un décret en Conseil d'Etat B entrant dans son champ (CE, 15 mai 2000, Territoire de la Nouvelle-Calédonie, n° 193725, au Rec.). Et plus généralement, dans la lignée de votre décision d'Assemblée Club sportif et familial de la Fève du 19 mai 1983 (n° 23127, au Rec.), vous jugez que l'autorité réglementaire est tenue de respecter, au cas particulier, les règles générales, y compris de fond, qui lui sont applicables, sauf si elle a entendu y déroger c'est-à-dire écarter leur application au cas d'espèce (voyez pour la contrariété d'un décret en Conseil d'Etat à une règle générale de fond posée par un autre décret en Conseil d'Etat : CE, 28 octobre 2009, Association régionale des producteurs de fromages fermiers de Corse, n° 307014).

Mais en l'espèce, les décrets statutaires ne font nullement application de l'article 22 du décret de 1986, qu'ils ne visent d'ailleurs pas. Et la requête ne met pas en cause le non-respect par les décrets statutaires d'une règle de procédure préexistante. Elle se borne à mettre en doute le seul fait que les décrets statutaires aient pu écarter l'application de l'article 22 du décret de 1986.

Cela ne nous paraît pourtant pas faire de doute. D'une part, les deux décrets relatifs aux douanes énoncent eux-mêmes qu'ils dérogent à cette disposition. D'autre part, même si l'on reste dans le registre de l'implicite pour les autres décrets, ceux-ci fixent une règle inconciliable avec celle du décret de 1986¹, notamment en ce qu'ils organisent un

¹ Nous sommes dans une configuration différente de celle de votre décision du 6 juin 2008, Union générale des syndicats pénitentiaires CGT (n° 299943), dans laquelle vous avez jugé que l'ancien arrêté

partage des compétences entre décret et arrêté qui est totalement différent, et que les signataires de l'arrêté qu'ils prévoient sont d'ailleurs différents de ceux de l'arrêté prévu par le décret de 1986. Ils ont ainsi bâti, sur le fondement direct du statut général, un dispositif totalement distinct de celui du décret de 1986, qui reposait sur une liste de corps fixée par décret en Conseil d'Etat, laquelle liste n'a jamais été dressée². Nous nous trouvons dans une configuration analogue à celle de votre décision du 6 novembre 1953, Association générale des administrateurs civils (n° 8064, au Rec.), dans laquelle vous avez jugé qu'un règlement d'administration publique avait pu valablement déroger à un règlement d'administration publique général qui prévoyait lui-même la fixation par un autre règlement d'administration publique d'une liste d'emplois pouvant être pourvus par certains fonctionnaires.

Nous pensons donc qu'il n'y pas lieu de confronter l'arrêté attaqué au décret de 1986 mais seulement de constater que, pris sur le seul fondement des différentes dispositions statutaires particulières qui y dérogent, ils n'avaient pas à respecter les règles de forme et de procédure prescrits par le décret de 1986.

Venons-en à la contestation plus ciblée du syndicat, portant sur le dernier alinéa de l'article 3 de l'arrêté. Ce dernier prévoit que *« pour l'affectation des agents sur des emplois comportant des risques professionnels (...), l'autorité administrative peut recueillir l'avis du médecin de prévention fondé sur les particularités du poste de travail et au regard de l'état de santé de l'agent »*. Il est soutenu que cette disposition serait contraire, d'une part, à la règle de déontologie médicale fixée à l'article R. 4127-100 du code de la santé publique, selon laquelle médecine de prévention et médecine de contrôle sont incompatibles pour une même personne, et, d'autre part, aux articles 10 et

fixant les conditions d'aptitude physique dans certains corps de l'administration pénitentiaire, auquel a succédé notre arrêté, méconnaissait directement la règle de fond posée par la première phrase de l'article 22 du décret de 1986, alors même que cet arrêté était pris sur le fondement du décret statutaire pertinent. Mais dans ce cas, le décret statutaire ne comportait aucune contradiction avec cette règle de fond, de sorte que cette dernière trouvait naturellement à s'appliquer.

² Naturellement, il serait plus logique d'abroger la 2^{ème} phrase de cet article 22 qui semble tombé dans les oubliettes du corpus juridique français, et on ne peut que conseiller à l'administration d'y remédier.

4

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.

11-1 du décret du 28 mai 1982, qui définissent le rôle du médecin de prévention et lui interdisent de réaliser les visites d'aptitude préalables à l'entrée dans la fonction publique. En vertu de l'article 20 du décret du 14 mars 1986 relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des comités médicaux et au régime de congés de maladie des fonctionnaires, ces visites sont en effet réalisées par un médecin agréé, chargé de la délivrance des certificats médicaux d'aptitude.

Se pose d'emblée une question d'interprétation de ces dispositions. Alors que l'article 1^{er} de l'arrêté énonce qu'il concerne l'accès aux emplois des corps de fonctionnaires qu'il liste et que d'autres dispositions évoquent « l'accès au corps » voire les « concours », la phrase litigieuse de l'article 3 parle d'« affectation » sur des emplois précis au sein de ces corps, et de l'état de santé de « l'agent ». Il nous semble que cette disposition ne peut être comprise que comme portant sur la vérification de l'aptitude après nomination, en particulier au moment de la première affectation, et non avant, au stade de l'admission à concourir. Outre qu'elle évoque « l'affectation » des « agents », elle suppose que le poste de travail sur lequel on envisage d'affecter l'agent soit déterminé, ce qui, au passage, permet aussi de déterminer quel est le service de médecine de prévention territorialement compétent.

Cette interprétation est cohérente avec le rôle dévolu par le décret de 1982 au médecin de prévention, qui ne porte que sur les agents déjà nommés, et sur l'appréciation de la compatibilité de l'état de santé de l'agent avec un poste de travail donné³.

Elle est aussi cohérente avec la procédure de contrôle de l'aptitude régie par l'article 20 du décret de 1986. Cet article prévoit que le candidat produit un certificat d'un médecin agréé et que, en cas de doute sur l'aptitude d'un agent, l'administration peut faire procéder à une contre-visite par un médecin spécialiste agréé en vue d'établir si l'état de

³ A noter que, comme en droit du travail, le médecin de prévention n'intervient que lors de la visite d'après embauche dans la fonction publique territoriale (article 108-2 de la loi du 26 janvier 1984) et dans la fonction publique hospitalière.

santé de l'intéressé est bien compatible avec l'exercice des fonctions. L'article 21 ajoute qu'en cas de contestation, le dossier est soumis au comité médical compétent. Il n'est nullement prévu que l'administration puisse tenir compte d'un avis du médecin de prévention à ce stade.

Cette interprétation ne soulève pas de difficulté pour les deux corps des douanes concernés, puisque les décrets statutaires renvoient à l'arrêté le soin de fixer de manière générale les conditions particulières d'aptitude physique et les modalités de vérification de cette aptitude, sans préciser à quel moment cette vérification intervient. En revanche, les décrets statutaires des autres corps n'ont renvoyé à l'arrêté que les modalités de participation aux « concours ». En tant qu'il traite de l'affectation sur des emplois de personnes déjà nommées, l'arrêté ne peut donc reposer sur les décrets. Et nous ne pensons pas qu'on puisse y voir l'expression du pouvoir d'organisation du service reconnu par votre jurisprudence Jamart aux ministres : il s'agit certes d'une simple possibilité de consultation du médecin de prévention par l'administration, mais, outre qu'elle aura en pratique une réelle incidence sur les affectations, elle nous semble impliquer que le médecin se prononce et, le cas échéant, que l'agent se soumette à son examen, ce qui n'est pas anodin. Ces prescriptions sont à nos yeux d'ordre statutaire. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elles figurent, depuis un décret en Conseil d'Etat du 28 juin 2011, dans le décret de 1982 lui-même.

Nous vous proposerons donc de censurer d'office la phrase litigieuse en ce qui concerne les trois corps de la police et les deux corps de l'administration pénitentiaire.

Reste à déterminer si, en ce qui concerne les douanes, l'arrêté méconnaît les règles d'incompatibilité soulevées par le syndicat requérant entre médecine de prévention et médecine d'aptitude. Il se prévaut en particulier de votre décision du 7 juin 2006, Syndicat national professionnel des médecins du travail (n° 279632, aux Tables), qui a jugé, pour l'application du code du travail dans les entreprises, que celui-ci instituait

une incompatibilité entre médecine de prévention, exercé par le médecin du travail, et médecine d'aptitude.

En vertu de l'article 10 du décret de 1982, qui reprend sur ce point la formulation du code du travail concernant le médecin du travail, le médecin de prévention a pour rôle de prévenir toute altération de la santé des agents du fait de leur travail. Il s'agit, au vu de l'analyse des postes de travail, de prodiguer des conseils et de formuler des avis sur l'hygiène et la sécurité au travail, mais aussi, conformément aux articles 22 et 24, de réaliser des examens médicaux périodiques, le tout dans l'intérêt direct des seuls travailleurs afin d'éviter que leur santé se dégrade à leur poste de travail. Le décret du 14 mars 1986 prévoit par exemple que le médecin de prévention doit produire un rapport sur la situation du fonctionnaire dont le cas est soumis au comité médical dans un certain nombre d'hypothèses, notamment en matière de congé de longue maladie ou de congé de longue durée.

La « médecine d'aptitude » n'est quant à elle pas clairement définie et la requête se nourrit de l'ambiguïté qui entoure la notion. Elle peut recevoir deux acceptions.

Dans la première, qu'on peut appeler « l'aptitude aux fonctions », elle vise à déterminer, dans l'intérêt du service, si l'état de santé de l'agent lui permet de remplir des fonctions données, indépendamment du poste de travail qu'il occupe ou qu'il est susceptible d'occuper ; autrement dit, dans la fonction publique, s'il est apte physiquement, au sens de l'article 5 du statut général, à occuper l'un des emplois auxquels son grade lui donne accès. La réponse est binaire : apte ou pas apte. Le conseil national de l'ordre des médecins parle de « médecine d'exclusion ».

Dans la seconde, qu'on peut appeler « aptitude au poste de travail », l'objectif est de déterminer, dans l'intérêt du seul agent, si le poste de travail précis qu'il occupe ou sur lequel on envisage son affectation, compte tenu de ses caractéristiques précises, met en danger sa santé ; elle se rattache donc cette fois à la médecine de prévention ou à la

médecine du travail. La réponse n'est pas binaire - l'aptitude peut être reconnue sous réserve d'adaptations du poste de travail – et la conséquence n'est pas la même – l'inaptitude à un poste conduit le médecin du travail à proposer un reclassement. Le conseil national de l'ordre de médecins parle « d'aptitude au sens de la médecine du travail ».

A cette aune, nous comprenons votre précédent de 2006, qui a posé, pour l'application du code du travail, une règle d'incompatibilité entre médecine de prévention et médecine d'aptitude, comme se référant à la première acception. L'autre interprétation serait d'ailleurs *contra legem*. Dans l'entreprise, c'est le médecin du travail, dont – comme on l'a dit - l'office est censé être le même que celui du médecin de prévention, qui est chargé de se prononcer sur l'aptitude des salariés aux postes de travail qu'ils occupent, en vertu de l'article L. 1226-10 du code du travail. La décision de 2006 juge seulement, à nos yeux et comme l'indiquent les conclusions de C. Devys, que le médecin du travail se prononce sur les risques pour le salarié, dans son seul intérêt, et ne peut être chargé, par exemple, de déterminer si des agents de la SNCF sont aptes à la conduite des trains, dans l'intérêt du service et des tiers.

L'arrêté litigieux n'a donc ni pour objet, ni pour effet de confier au médecin de prévention un rôle qui n'est pas le sien : il lui appartient, comme le lui prescrit le décret de 1982, de se prononcer exclusivement, dans l'intérêt de l'agent, sur le point de savoir si le poste de travail envisagé risque d'altérer sa santé. Il est évidemment opportun de lui confier cette tâche, puisqu'il est le seul praticien à connaître les spécificités du poste de travail, et qu'il est de loin préférable de solliciter son avis en amont, avant l'affectation, plutôt que d'attendre que l'état de santé de l'agent mal affecté se dégrade, le cas échéant.

S'agissant de la déontologie médicale, l'incompatibilité est conçue en des termes différents. L'article R. 4127-100 du code de la santé publique prévoit que la « médecine de contrôle » est incompatible avec le fait d'être médecin de prévention ou médecin

traitant pour une même personne. Le terme « médecine de contrôle » renvoie au premier chef aux médecins-conseils des régimes d'assurance maladie de sécurité sociale pour la vérification des incapacités temporaires de travail, mais il nous semble devoir ici être lu, par opposition à la médecine de soins, comme incluant la médecine d'aptitude dans sa première acception, c'est-à-dire comme visant les médecins agréés⁴. C'est la lecture que vous en avez faite dans la seule affaire où vous avez appliqué ces dispositions (CE, 29 janvier 1999, Syndicat national des policiers en tenue, n° 183103). L'ordre des médecins considère également que les médecins agréés de la fonction publique chargés des visites d'aptitude relèvent de la médecine de contrôle (Commentaires du code de déontologie médicale, article 100)⁵.

Dès lors, là encore, que l'arrêté litigieux n'a ni pour objet, ni pour effet d'investir le médecin de prévention d'un rôle d'aptitude aux fonctions ou, plus largement, d'une mission de contrôle au sens de ces dispositions, et que, en miroir, il ne porte aucune atteinte à l'impartialité des médecins agréés que ces dispositions du code de la santé publique visent à garantir, il n'est en tout état de cause pas contraire à ces dispositions.

PCMNC à l'annulation du dernier alinéa de l'article 3 de l'arrêté du 2 août 2010 en tant qu'il concerne les trois corps de la police nationale et les deux corps de l'administration pénitentiaire mentionnés en annexe à cet arrêté, à ce que l'Etat verse une somme de 1500 euros au syndicat requérant et au rejet du surplus des conclusions de la requête.

⁴ L'article 4 du décret du 14 mars 1986 rappelle d'ailleurs l'incompatibilité entre médecin agréé et médecin traitant. Il ne souffle toutefois pas mot du médecin de prévention.

⁵ Ce point de vue est partagé par le juge judiciaire (CA Versailles, 16 mai 2006, n° 05/00982) et la doctrine administrative (voyez la circulaire hygiène et sécurité dans la fonction publique du 8 août 2011).