

N° 357553 – Union fédérale des cadres des fonctions publiques CFE-CGC
N° 358830 – Fédération générale des fonctionnaires – Force ouvrière (FGF-FO)
N° 359735 – Mme Elisabeth A...
N° 361257 – M. Rémy C...

3^e et 8^e sous-sections réunies
Séance du 13 février 2013
Lecture du 1^{er} mars 2013

CONCLUSIONS

Vincent Daumas, rapporteur public

L'article 105 de la loi de finances pour 2012¹ dispose : « Hormis les cas de congé de longue maladie, de congé de longue durée ou si la maladie provient de l'une des causes exceptionnelles prévues à l'article L. 27 du code des pensions civiles et militaires de retraite ou d'un accident survenu dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, les agents publics civils et militaires en congé de maladie, ainsi que les salariés dont l'indemnisation du congé de maladie n'est pas assurée par un régime obligatoire de sécurité sociale, ne perçoivent pas leur rémunération au titre du premier jour de ce congé ».

Le législateur a ainsi prévu que, sauf exceptions, aucune rémunération ne serait due aux agents publics civils et militaires au titre de leur premier jour de congé de maladie. Il a entendu déroger, ce faisant, aux dispositions législatives statutaires selon lesquelles le fonctionnaire en congé de maladie a droit à l'intégralité de son traitement pendant une durée de trois mois et qu'il conserve en outre ses droits à la totalité de son supplément familial de traitement et de son indemnité de résidence (article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 pour la fonction publique de l'Etat, art. 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 pour la fonction publique territoriale, art. 41 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 pour la fonction publique hospitalière).

Vous vous souvenez sans doute que cette mesure avait été justifiée par le Gouvernement par la volonté d'aligner progressivement, sur ce point, les règles applicables à la fonction publique sur celles du secteur privé, pour lequel ce « délai de carence » est de trois jours... et surtout par la nécessité de faire des économies budgétaires. La mesure a été vivement contestée et l'est toujours par les syndicats de fonctionnaires.

Afin de définir ses modalités de mise en œuvre, la ministre chargée du budget et le ministre chargé de la fonction publique ont pris, le 24 février 2012, une circulaire commune.

Vous êtes saisis de plusieurs requêtes tendant à son annulation. Circonstance qui révèle assez bien que, derrière la circulaire attaquée, c'est la loi elle-même qui est contestée, les

¹ Loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011.

requérants vous ont soumis pas moins de quatre questions prioritaires de constitutionnalité à l'appui de leurs conclusions. Vous n'avez renvoyé aucune de ces QPC².

1. Il n'est pas nécessaire de dire beaucoup des questions préalables à l'examen de ces requêtes.

En premier lieu, votre compétence pour statuer sur les conclusions à fin d'annulation de la circulaire du 24 février 2012, dont la portée est générale, ne fait pas de doute (cf. article R. 311-1, 2° du code de justice administrative).

En deuxième lieu, contrairement à ce que soutiennent plusieurs des ministres mis en cause en défense, la circulaire attaquée est un acte susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir dès lors qu'elle est rédigée en termes généraux et impératifs (CE section, 18 décembre 2002, Mme Duvignères, n° 233618, au Recueil p. 463).

En troisième lieu, l'intérêt pour agir des requérants nous paraît certain. M. C... et Mme A... sont tous deux des fonctionnaires de l'Etat. Les deux organisations syndicales sont des unions de syndicats de fonctionnaires de l'Etat. Les statuts de l'Union fédérale des cadres des fonctions publiques CFE-CGC (ou fédération « Fonctions publiques – CGC ») prévoient expressément qu'elle a pour objet la défense des intérêts du personnel d'encadrement. Quant à la Fédération générale des fonctionnaires – Force ouvrière (FGF-FO), vous ne disposez pas de ses statuts mais elle vous indique qu'elle coordonne l'action des syndicats FO de fonctionnaires et d'agents publics de l'Etat et de ses établissements publics. La circulaire qu'elle attaque nous paraît bien affecter, compte tenu de sa portée, les intérêts collectifs de ces syndicats (voir sur cette question CE assemblée, 12 décembre 2003, USPAC-CGT et syndicat CGT des personnels des affaires culturelles, n° 239507, au Recueil p. 508).

En quatrième lieu, aucune tardiveté ne peut être opposée aux requérants. La circulaire attaquée, en effet, n'a semble-t-il pas été publiée au Journal officiel. Elle a simplement fait l'objet, en application des dispositions du décret (n° 2008-1281) du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, d'une publication sur le site circulaire.legifrance.gouv.fr. Or vous jugez que la publicité assurée par ce biais n'a ni pour objet ni pour effet de faire courir le délai de recours contentieux (CE 7 avril 2011, CIMADE, GISTI, n° 335924, aux tables du Recueil).

2. Au titre de la légalité externe de la circulaire attaquée, les requérants soulèvent des moyens qui peuvent être regroupés en deux ensembles.

21. Un premier ensemble conteste la compétence des auteurs de la circulaire. La critique consiste, classiquement, à soutenir que la circulaire ne se limite pas à donner une interprétation de la loi mais fixe des règles nouvelles. Elle est développée sous trois angles.

211. En premier lieu, il est soutenu que la circulaire apporte, pour l'application des dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012, des précisions que seul un décret pouvait édicter. La critique est quelque peu indirecte : la fédération « Fonctions Publiques – CGC », qui soulève ce moyen, fait valoir en effet que ces dispositions législatives ne peuvent

² CE 20 juin 2012, FGF-FO, n° 358830 ; CE 4 juillet 2012, n° 359735 ; CE 11 octobre 2012, n° 361257 ; CE 26 novembre 2012, n° 359735, toutes inédites au Recueil.

recevoir directement aucune exécution car elles nécessitent, pour entrer en vigueur, des dispositions réglementaires d'application.

Mais sur cette question, votre jurisprudence est stricte et constante : dans le silence de la loi, son entrée en vigueur n'est subordonnée à l'intervention préalable de dispositions réglementaires que si, en leur absence, son application est « manifestement impossible » (par exemple CE section, 4 juin 2007, M. L... et consorts G..., n° 303422, au Recueil ; CE 28 mars 2012, M. B... et ANSEL, n° 343962, au Recueil). Tel n'est pas le cas s'agissant des dispositions législatives en cause, qui sont d'une précision suffisante pour recevoir directement application et ne renvoient d'ailleurs à aucune mesure réglementaire.

212. En deuxième lieu, plusieurs des requérants soutiennent que les auteurs de la circulaire ont excédé leur compétence en écartant les dispositions statutaires applicables aux agents publics civils et militaires qui prévoient le principe du maintien du traitement dans les premiers mois d'un congé de maladie. Mais, nous vous l'avons dit en introduction, il est bien clair qu'en adoptant les dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012, le législateur a entendu déroger à l'ensemble de ces dispositions.

Une argumentation plus spécifique est présentée sur ce point par la fédération « Fonctions Publiques – CGC ». Selon elle, en prévoyant l'application du jour de carence aux magistrats de l'ordre judiciaire, la circulaire fixerait une règle nouvelle entachée d'incompétence. A l'appui de ce moyen, elle fait valoir qu'en vertu des dispositions du 3^e alinéa de l'article 64 de la Constitution, le statut des magistrats de l'ordre judiciaire est défini par une loi organique, ce que la loi de finances pour 2012 n'est pas, de sorte que les dispositions de son article 105 ne peuvent être lues comme rendant le jour de carence applicable aux magistrats judiciaires.

Mais les dispositions de l'article 68 de l'ordonnance (n° 58-1270) du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature prévoient que les dispositions du statut général des fonctionnaires concernant les positions énumérées à l'article 67, dont la position d'activité, sont applicables aux magistrats de l'ordre judiciaire, sous réserve qu'elles ne soient pas contraires à leurs règles statutaires particulières. Vous jugez que les termes « statut général des fonctionnaires » employés par ces dispositions doivent être interprétés comme désignant les dispositions législatives et réglementaires relatives au statut des fonctionnaires de l'Etat qui sont en vigueur : en 1958, au moment de l'adoption de l'ordonnance portant loi organique, il s'agissait du statut défini par la loi du 19 octobre 1946 ; aujourd'hui, il s'agit de la loi du 11 janvier 1984 sur la fonction publique de l'Etat et des dispositions législatives et réglementaires qui l'ont depuis lors modifiée ou complétée (voyez, sur cette jurisprudence constante, CE 28 janvier 1970, sieur D..., n° 72874, au Recueil p. 62 ; CE 23 décembre 1987, M. G..., n° 70127, au Recueil p. 428 ; CE 26 juillet 1996, M. C..., n° 121199, inédite au Recueil, à propos précisément du régime des congés de maladie ; CE 9 juillet 2007, M. M..., n° 294706, aux tables du Recueil).

D'une part, les dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012 dérogeant, nous l'avons dit, aux règles législatives statutaires, notamment au 2^o de l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984, elles doivent être regardées comme relevant du « statut général des fonctionnaires » au sens des dispositions de l'article 68 de l'ordonnance relative au statut de la magistrature. D'autre part, la suppression de la rémunération versée au titre du premier jour d'un congé de maladie ne nous paraît contraire à aucune règle statutaire propre aux magistrats

de l'ordre judiciaire. Il s'ensuit que le jour de carence ne leur a pas été rendu applicable par l'effet d'une règle nouvelle fixée par la circulaire attaquée, mais par celui des dispositions des articles 67 et 68 de l'ordonnance du 22 décembre 1958.

213. En troisième lieu, la fédération « Fonctions Publiques – CGC » critique le point 2 de la circulaire attaquée, selon lequel le jour de carence institué par l'article 105 doit être décompté de la durée d'indemnisation prévue par les articles 34 de la loi du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique de l'Etat, 57 de la loi du 26 janvier 1984 pour la fonction publique territoriale et 41 de la loi du 9 janvier 1986 s'agissant de la fonction publique hospitalière. Les dispositions en question sont celles, déjà évoquées, qui donnent au fonctionnaire en congé de maladie le droit au maintien de l'intégralité de son traitement pendant une durée de trois mois, ce traitement étant réduit de moitié les neuf mois suivants. La fédération voit dans cet aspect de la circulaire une règle nouvelle, dans la mesure où les dispositions de l'article 105 sont silencieuses sur ce point.

Il est vrai que l'on aurait pu envisager une autre modalité d'application du jour de carence dans la fonction publique. Elle aurait consisté à décaler dans le temps, d'un jour, la période de plein traitement de trois mois puis celle de neuf mois à demi-traitement qui sont prévues par les dispositions statutaires que nous avons rappelées. Par rapport à la modalité retenue par la circulaire, cela aurait effectivement induit des différences dans l'indemnisation des agents placés en congé de maladie pour des durées totales supérieures à trois mois. Toutefois, il nous semble que si le législateur avait entendu décaler dans le temps les périodes de conservation de l'intégralité, puis de la moitié de leur traitement par les agents placés en congé de maladie, il l'aurait écrit ainsi. En prévoyant que chaque jour de carence doit être décompté des durées de prise en charge, soit à plein traitement, soit à demi-traitement, la circulaire nous paraît avoir fait une exacte application des termes mêmes de la loi.

22. Un second ensemble de moyens présentés au titre de la légalité externe de la circulaire critique le défaut de certaines consultations préalables.

Les requérants se prévalent soit des dispositions des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, relatives à la liberté syndicale et au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, soit de celles du I de l'article 8 bis de la loi (n° 83-634) du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui définissent le champ des questions ouvertes à la négociation dans la fonction publique, soit encore de celles de son article 9 qui précisent les modalités selon lesquelles les fonctionnaires sont associés, par le biais d'organismes consultatifs, à l'élaboration des règles statutaires.

Ces critiques procèdent toutes de l'idée que le jour de carence dans la fonction publique n'aurait pas dû être institué sans associer les syndicats de fonctionnaires, d'une manière ou d'une autre, à cette décision. Vous les avez écartées, alors qu'elles étaient dirigées contre les dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012, dans vos décisions refusant de renvoyer au Conseil constitutionnel les QPC posées par plusieurs des requérants³. Elles sont toutefois reprises à l'encontre de la circulaire elle-même.

³ Voir plus particulièrement CE 20 juin 2012, FGF-FO, n° 358830 ; CE 11 octobre 2012, n° 361257.

Aucun des moyens soulevés à ce titre n'est sérieux. Relevons d'abord que la circulaire contestée ne porte aucune atteinte à la liberté syndicale protégée par le sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Quant au huitième alinéa, vos sous-sections ont jugé, à l'occasion de l'examen de l'une des QPC soulevées⁴, qu'il n'oblige pas le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi touchant à la détermination des conditions de travail des agents publics d'une consultation préalable de leurs représentants syndicaux ; cela nous semble valoir aussi pour une simple circulaire. Relevons également, s'agissant des dispositions du I de l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983, que si le législateur les a modifiées pour étendre le champ de la négociation dans la fonction publique lors de l'adoption de la loi (n° 2010-751) du 5 juillet 2010, il n'a pas pour autant fait de la négociation, dans les matières qu'elles énumèrent, un préalable obligatoire à son intervention ou à celle du pouvoir réglementaire. Au demeurant, nous l'avons dit, la circulaire attaquée ne nous semble rien ajouter à la loi. Dès lors, elle ne peut être regardée comme édictant des dispositions nouvelles relatives aux conditions de travail des agents publics, à leur rémunération ou à leur pouvoir d'achat. Il n'y avait donc lieu de faire intervenir aucune négociation ni consultation préalable, notamment pas celle du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, avant son adoption. Vous pourrez pour ce motif, en tout état de cause, écarter l'ensemble de ces moyens.

3. Nous en venons aux moyens critiquant le bien-fondé de la circulaire attaquée.

31. En premier lieu, la FGF-FO et Mme A... soulèvent des moyens tirés de ce que la circulaire devrait être annulée par voie de conséquence de la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012. Mais ces moyens doivent être regardés comme ayant déjà été écartés par vos décisions refusant de renvoyer leurs QPC au Conseil constitutionnel.

32. En deuxième lieu, la fédération « Fonctions Publiques – CGC » soutient que le point 2 de la circulaire est contraire aux dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012 en ce qu'il prévoit que, pour les affections de longue durée qui auraient déjà donné lieu à un ou plusieurs arrêts de travail au titre des années antérieures, « le délai de carence s'applique au premier arrêt de travail intervenant à compter du 1er janvier 2012 ». La requérante fait valoir, à l'appui de ce moyen, que la loi exclut expressément les congés de longue maladie et les congés de longue durée du dispositif du délai de carence.

Mais il y a là un malentendu. Comme le relève le ministre chargé de la fonction publique en défense, la notion d'affection de longue durée, qui est définie par le code de la sécurité sociale (articles L. 322-3 et D. 322-1), est indépendante du régime statutaire de congé de maladie qui s'applique au fonctionnaire, soit congé de maladie « ordinaire », soit congé de longue maladie, soit encore congé de longue durée. Il peut exister des affections de longue durée n'ouvrant droit qu'à des congés de maladie ordinaires, auxquels s'applique le jour de carence. C'est tout ce que la circulaire du 24 février 2012, peut-être un peu maladroitement, a entendu rappeler – étant précisé que, conformément à la loi, elle exclut expressément l'application du jour de carence en cas de congé de longue maladie ou de congé de longue durée.

⁴ CE 20 juin 2012, FGF-FO, n° 358830.

33. En troisième et dernier lieu, Mme A..., qui est en poste à la préfecture du Bas-Rhin, soulève un moyen propre à sa situation, puisqu'il est tiré d'une méconnaissance par la circulaire attaquée du droit alsaco-mosellan.

Mais vous avez déjà répondu à une argumentation similaire que la requérante avait développée à l'appui de la première de ses QPC⁵, en jugeant qu'à la date de la promulgation de la loi de finances pour 2012, aucune disposition législative particulière en vigueur dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ne régissait, en tout état de cause, les conditions dans lesquelles les agents publics civils et militaires placés en congé de maladie percevaient leur rémunération. Ce qui est clair, en effet, dans l'argumentation soulevée, c'est que la seule règle locale dont la requérante se prévaut est celle issue de l'article 616 du code civil local – selon elle, les dispositions de cet article s'appliquaient aussi bien aux salariés de droit privé titulaires d'un contrat de travail qu'aux agents publics. Or, ces dispositions ont été expressément abrogées par l'article 12, II, 5° de l'ordonnance (n° 2007-329) du 12 mars 2007 relative à la partie législative du code du travail, ratifiée et modifiée par la loi (n° 2008-67) du 21 janvier 2008⁶. La règle locale en question n'était donc plus en vigueur à la date de la circulaire attaquée. Et au demeurant, à supposer même qu'il y ait eu, à la date d'entrée en vigueur de l'article 105 de la loi de finances pour 2012, des dispositions locales particulières plus favorables relatives aux conditions de rémunération des agents publics placés en congé de maladie, les dispositions législatives nouvelles y ont nécessairement dérogé. Dans ces conditions vous pourrez répondre, en tout état de cause, qu'à la date de la circulaire attaquée, aucune disposition particulière en vigueur dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ne régissait les conditions dans lesquelles les agents publics placés en congé de maladie percevaient leur rémunération.

Si vous nous suivez vous rejetterez les conclusions tendant à l'annulation de la circulaire du 24 février 2012.

4. Nous terminons par l'examen de conclusions distinctes de celles tendant à l'annulation de la circulaire, que présentent deux des requérants.

41. Il s'agit d'une part de la fédération « Fonctions Publiques – CGC », qui vous demande de différer l'application des dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012 jusqu'à la parution de ses textes réglementaires d'application. Mais il n'appartient pas au juge administratif de suspendre l'application d'une disposition législative entrée en vigueur.

42. Il s'agit d'autre part de M. C.... Dans sa demande initialement présentée au tribunal administratif de Limoges, il demandait non seulement l'annulation de la circulaire du 24 février 2012, mais aussi celle de la décision par laquelle son administration, en application des nouvelles dispositions législatives, a opéré sur son traitement une retenue sur salaire correspondant au premier jour d'un congé de maladie. Le président du tribunal administratif de Limoges vous a renvoyé l'ensemble en faisant application des dispositions du premier alinéa

⁵ CE 4 juillet 2012, n° 359735.

⁶ Loi d'habilitation n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social. L'ordonnance du 12 mars 2007 a été prise sur le fondement de son article 57, dans le délai de neuf mois que son III spécifiait. Cette même disposition prévoyait l'obligation de dépôt d'un projet de loi de ratification dans le délai de trois mois suivant la publication de l'ordonnance, ce qui a été fait avec le projet de loi n° 293 déposé au Sénat (séance de 2006-2007) le 18 avril 2007.

de l'article R. 341-2 du CJA et du 2° de l'article R. 311-1 du CJA. C'est-à-dire qu'il a considéré que les conclusions tendant à l'annulation de la retenue sur salaire étaient connexes à celles dirigées contre la circulaire.

Vous jugez constamment qu'il n'existe pas de lien de connexité entre un acte réglementaire et la décision individuelle prise pour son application (par exemple CE 28 juillet 2000, M. T... et M. G..., n° 188494, aux tables du Recueil ; CE 28 mars 2011, M. B..., n° 326919, aux tables du Recueil sur un autre point). Votre jurisprudence admet toutefois, par dérogation à ce principe et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, que vous reteniez le jugement d'une affaire lorsque le sort du litige individuel est commandé par la solution apportée au recours formé contre l'acte réglementaire (par exemple CE 13 décembre 2006, M. G... et M. L..., n° 297428 et 298875, au Recueil p. 562 sur un autre point ; CE 9 mai 2011, M. R..., n° 343460, aux tables du Recueil sur un autre point). Mais tel n'est pas le cas en l'espèce puisque, nous l'avons dit, la circulaire du 24 février 2012 ne nous paraît contenir aucune règle qui ne serait pas déjà impliquée par les dispositions de la loi elle-même et que, dès lors, il faut considérer que la décision de retenue sur salaire contestée par M. C... a été prise sur le fondement des seules dispositions de l'article 105 de la loi de finances pour 2012. Précisons que M. C... ne se prévaut pas exclusivement, à l'appui de ses conclusions tendant à l'annulation de cette décision, de l'illégalité de la circulaire.

Il nous semble donc qu'il y a lieu de renvoyer les conclusions de M. C... dirigées contre la décision individuelle le concernant au tribunal administratif compétent. En application des dispositions de l'article R. 312-12 du CJA, il s'agit du tribunal dans le ressort duquel se trouve son lieu d'affectation, soit, dès lors qu'il se trouve en poste dans la Haute-Vienne, celui de Limoges.

Par ces motifs nous concluons :

- dans le n° 361257, à ce que les conclusions de M. C... tendant à l'annulation de la décision de retenue sur salaire dont il a fait l'objet soient renvoyées au tribunal administratif de Limoges ;
- et au rejet du surplus des conclusions des requêtes.