

N° 441297

Confédération A Tia I Mua

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunie

Séance du 28 septembre 2020

Lecture du 2 octobre 2020

CONCLUSIONS

M. Laurent Domingo, rapporteur public

Pour faire face à la propagation du virus Covid-19 en Polynésie française, également confrontée à cette menace sanitaire, des mesures exceptionnelles ont été prises tant par les autorités nationales que par les autorités locales.

En particulier, dès l'apparition des premiers cas de contamination au mois de mars, concernant essentiellement des personnes de retour de voyage, des mises à l'isolement individuel pour une durée de 14 jours ont été imposées aux personnes infectées ou en provenance de zones à risque.

Puis, le confinement général de la population polynésienne a été décidé par un arrêté du Haut-Commissaire de la République du 20 mars 2020 (HC 214 CAB), tandis que l'état d'urgence sanitaire y a été déclaré par la loi 2020-90 du 23 mars 2020, avant d'être aménagé par l'ordonnance n° 2020-463 du 22 avril 2020 adaptant l'état d'urgence sanitaire à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française et aux îles Wallis et Futuna. Le déconfinement a commencé le 21 mai. Pendant la période de confinement, les plans de continuité de l'activité des administrations publiques ont été mis en œuvre et, dans la mesure du possible, les agents publics ont été invités à travailler à distance depuis leur lieu de confinement.

Ces mesures ont conduit à ce que de nombreux agents publics n'ont pu effectivement travailler, parce qu'ils ont été placés à l'isolement ou confinés sans pouvoir travailler à distance.

C'est dans ce contexte que l'Assemblée de la Polynésie française a adopté la loi du pays 2020-07 du 14 mai 2020 destinée à régler la situation administrative et financière des agents publics de la Polynésie et de l'assemblée de la Polynésie et des membres des cabinets du Président, des ministres et du Président de l'Assemblée.

Il s'agit essentiellement de prévoir que les agents qui ne peuvent travailler, sur place ou à distance, sont placés, selon les situations, en congés ou en autorisation exceptionnelle d'absence.

La confédération A Tia I Mua vous demande de déclarer cette loi du pays illégale.

A noter que cette loi du pays, à la différence d'autres prises pour répondre à la crise sanitaire, n'a pas été immédiatement promulguée par le Président de la PF, mais a été, conformément aux règles prévues à l'article 176 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, publiée pour information au JOPF du 22 mai 2020, et la confédération A Tia I Mua vous a saisi d'un recours en légalité dans le délai d'un mois. Vous n'êtes donc pas dans la configuration particulière jugée par vos chambres réunies le 22 juillet dernier d'une promulgation anticipée (10 / 9 CHR, 22 juillet 2020, M. T... et autres, n°440764, à publier au recueil sur ce point).

A noter également que le délai indicatif de trois mois pour statuer a expiré le 19 septembre, ce qui, en vertu de l'article 177 de la loi organique, permet au président de la PF, sans attendre la lecture de votre décision, de procéder à la promulgation de la loi, ce qui aurait pour effet de transformer le recours de la confédération en recours en annulation. Mais tel n'est pas le cas à notre connaissance.

Vous demeurez donc saisi d'un recours en illégalité, qui vous conduit à examiner la conformité de la loi du pays à la Constitution, aux lois organiques, aux engagements internationaux et aux principes généraux.

Avant d'aborder ces questions de « légalité », il nous faut vous dire un mot de la recevabilité du recours.

Le Gouvernement et l'Assemblée de la PF contestent l'intérêt à agir de la Confédération A Tia I Mua, arguant de ce que la loi du pays en litige ne met pas en cause les intérêts collectifs qu'elle défend et qu'elle ne pouvait se substituer à ceux de ses syndicats membres affectés par le texte.

Il est exact que vous jugiez qu'une fédération de syndicats ne justifiait pas d'un intérêt lui donnant qualité pour attaquer une décision administrative qui n'est susceptible d'intéresser qu'un des syndicats qu'elle regroupe (v. par ex. Section, 9 juin 1995, Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment et Syndicat des artisans et des petites entreprises de la Vendée, n°s 106732 et s., au recueil).

Mais vous avez abandonné cette ancienne jurisprudence par votre décision d'Assemblée, 12 décembre 2003, USPAC-CGT-Syndicat CGT des personnels des affaires culturelles (n°s 239507 245195, p. 508). Vous vous prononcez désormais, comme pour les associations et autres groupements, en tenant compte de la portée de la décision attaquée, appréciée au regard des intérêts collectifs défendus par l'auteur de la requête. Dans cette affaire, vous avez jugé que l'union de syndicats qui défend les intérêts collectifs des salariés appartenant au domaine des affaires culturelles justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de

la décision par laquelle le ministre de l'éducation nationale a refusé la création, à l'Institut de France, d'un comité technique paritaire, eu égard à la portée de cette décision et alors même qu'existe un syndicat CGT à l'Institut de France.

Plus récemment, vous avez apporté des précisions sur la méthode que vous mettez en œuvre pour apprécier l'intérêt à agir de syndicats ou d'unions de syndicats, sachant que vous appliquez la même grille d'analyse aux premiers et aux secondes, car, sauf stipulations contraires de leur statut, les unions de syndicats jouissent, en application de l'article L. 2133-3 du code du travail, de tous les droits conférés aux syndicats professionnels. Vous considérez que tout syndicat professionnel peut utilement, en vue de justifier d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation d'une décision administrative, se prévaloir de l'intérêt collectif que la loi lui donne pour objet de défendre, dans l'ensemble du champ professionnel et géographique qu'il se donne pour objet statutaire de représenter, sans que cet intérêt collectif soit limité à celui de ses adhérents. Vous estimez alors que l'intérêt pour agir d'un syndicat ou d'une union de syndicats en vertu de cet intérêt collectif s'apprécie au regard de la portée de la décision contestée. Vous avez appliqué cette démarche dans votre décision d'Assemblée du 22 juillet 2015, Syndicat CGT de l'union locale de Calais et environs (n° 383481, au Recueil) et vous l'avez expressément formalisée dans une décision du 24 mai 2017, Fédération des employés et cadres de la CGT- Force ouvrière et autre, n° 392661, aux tables sur ce point.

En l'espèce, la confédération A Tia I Mua est une union syndicale locale, constituée conformément aux articles Lp. 2213-1 et s. du code de travail de la PF, qui prévoient notamment que les règles relatives aux syndicats sont applicables aux unions de syndicats. Elle regroupe 6 syndicats locaux, dont le syndicat professionnel de l'administration de la Polynésie. Elle est représentative en vertu de l'article Lp. 2221-1 du code du travail de la PF, et vous pourrez d'ailleurs relever que deux membres du Conseil supérieur de la fonction publique de PF y siègent sous cette étiquette. Conformément au code du travail polynésien et aux termes du b) de l'article 4 de ses statuts, elle se donne pour but la défense et la promotion des « *intérêts sociaux, moraux et matériels de ses membres et adhérents, tant sur le plan individuel que collectif, devant les pouvoirs publics, les tribunaux, (...) et en règle générale devant toutes les instances administratives, politiques, judiciaires ou professionnelles concernées sur le plan local, national et international* ». Elle a donc vocation à défendre les intérêts professionnels des agents publics de la Polynésie française.

Dans ces conditions, et alors que vous avez déjà admis l'intérêt à agir de la confédération A Tia I Mua lors d'un recours contre une loi du pays portant dispositions diverses applicables aux marins pêcheurs (v. 26 décembre 2012, Confédération syndicale A Tia I Mua, n° 351262-352196)¹, vous pourrez admettre l'intérêt à agir de la confédération, eu égard à la portée de

¹ vous l'avez fait pour d'autres « confédérations » polynésiennes, notamment récemment dans votre décision du 30 janvier 2019 à propos d'une « loi du pays » portant diverses dispositions relatives à l'assurance vieillesse et autres mesures sociales (30 janvier 2019, La confédération O Oe To Oe Rima, la confédération des syndicats indépendants de Polynésie et le syndicat de la fonction publique, n°s 424995, 425169, 425241). Dans la décision du 22 juillet 2020 sur l'article LP 6 de la « loi du pays » n° 2020-9 du 27 mars 2020 portant modification du contrat de soutien à l'emploi (CSE) et portant création des dispositifs de sauvegarde de l'emploi mobilisables en cas de circonstances exceptionnelles (22 juillet 2020, La confédération des syndicats des travailleurs de

l'acte attaqué, qui, comme nous allons le voir, pose des questions d'ordre général sur la situation administrative des agents publics de la Polynésie française en période de crise sanitaire, et en particulier sur la possibilité de donner un effet rétroactif aux dispositions votées ou encore sur le rattrapage des heures de travail.

Certes, en ce qui concerne la portée de l'acte en litige, le Gouvernement et l'Assemblée de la PF opposent également que la confédération requérante serait d'autant moins recevable à agir que le texte qu'elle attaque est favorable aux agents publics qu'elle représente, si bien qu'il est insusceptible de lui faire grief ou à ses membres. Il est vrai que vous refusez, dans de nombreux cas, l'intérêt à agir d'un requérant contre un acte qui lui est favorable, car ne lui faisant donc « pas grief » ; mais, comme tout dépend de ce que l'on entend par « favorable », il existe des tempéraments et des exceptions à cette jurisprudence et vous admettez aussi l'intérêt à agir d'une personne morale qui conteste une mesure dont l'objet relève de son activité statutaire, peu importe le contenu de cette mesure, qui peut apparaître objectivement plus favorable que celui jusqu'alors en vigueur (CE, 30 juillet 2014, La Cimade, n° 375430, au Rec. sur ce point notamment) ; vous avez récemment jugé dans le même sens pour des fonctionnaires agissant à titre individuel (v. 10/9, 30 janvier 2020 M. M... et autres, n° 426956, v. spécialement les conclusions A. Lallet sur cette question). Nous vous proposons de considérer que, quel que soit le sens de la loi du pays attaquée, elle fait, compte tenu de sa portée, grief à la confédération requérante.

Polynésie-force ouvrière (CSTP-FO), la confédération des syndicats indépendants de Polynésie (CSIP), la confédération Otahi et la confédération O oe to oe rima et le Syndicat de la fonction publique, n° 440206), la question est réservée par un « sans qu'il soit besoin ».

Celle-ci, au titre de la régularité de la procédure, critique les modalités de consultation du Conseil supérieur de la fonction publique de la Polynésie française, qui doit être consulté en vertu de l'article 3 d'une délibération n° 95-216 AT du 14 décembre 1995 portant organisation et fonctionnement des organismes consultatifs dans la fonction publique du territoire de la Polynésie française². Contrairement à ce que soutient la Polynésie Française en défense, la consultation du conseil supérieur de la fonction publique de la PF était requise. En effet, l'article 13 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, applicables en Polynésie française, a seulement dispensé les textes réglementaires de la plupart des consultations préalables³ et une loi de pays n'est pas un texte réglementaire au sens de ces dispositions. En tout état de cause, que la consultation du conseil supérieur fût facultative, qu'elle devait néanmoins respecter les formes requises.

Vous avez déjà accepté d'examiner des moyens tirés de la consultation du Conseil supérieur de la fonction publique polynésienne (v. 10 JS, 17 juillet 2013, V..., n° 365320 ; 10/9, 30 janvier 2019, La confédération O Oe To Oe Rima, la confédération des syndicats indépendants de Polynésie et le syndicat de la fonction publique, préc.). On peut toutefois s'interroger sur l'opérance d'un tel moyen, car la délibération de 1995 ne relève pas du bloc de légalité prévu à l'article 176 de la loi organique. Certes, vous pourriez être sensibles au fait que le Conseil supérieur est un moyen, dans la fonction publique, de mettre en œuvre le principe de participation, qui trouve une assise constitutionnelle à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Toutefois, si ce principe fait partie, en lui-même, à raison de cette source constitutionnelle, du bloc de légalité que doivent respecter les lois du pays, ce n'est pas pour autant qu'une consultation prévue par une délibération, et non par la loi organique, intègre ce bloc de légalité. Nous vous proposons donc de considérer le moyen comme inopérant, ainsi que le soutenait Edouard Crépey dans ses conclusions sur votre décision 10/9, 18 juin 2014, Syndicat de la fonction publique, n° 374370⁴, mais vous aviez alors écarté le moyen pour un autre motif d'inopérance.

Si jamais vous examiniez le bien-fondé de ce moyen, vous pourriez l'écarter. La confédération requérante reproche tout d'abord une consultation par visioconférence de cet organe, alors qu'une telle modalité de consultation n'est pas prévue par les textes (sachant que l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial n'est pas applicable). Elle y voit un vice dès

² « Le conseil supérieur de la fonction publique du territoire est saisi des projets de réglementation relatifs à la situation des agents titulaires ou non ».

³ « Sous réserve des obligations résultant du droit international et du droit de l'Union européenne, les projets de texte réglementaire ayant directement pour objet de prévenir les conséquences de la propagation du covid-19 ou de répondre à des situations résultant de l'état d'urgence sanitaire sont dispensés de toute consultation préalable obligatoire prévue par une disposition législative ou réglementaire, à l'exception de celles du Conseil d'Etat et des autorités saisies pour avis conforme ».

⁴ « (...) le moyen est inopérant. Il est d'abord permis de douter que vous ayez à vous préoccuper de la régularité de cette consultation qui n'est pas imposée par la loi organique statutaire ni par aucune des autres normes de référence du contrôle que vous confie l'article 176 ».

lors que seuls les représentants qui lui sont affiliés ont participé à la séance et aucun d'autres syndicats. Vous noterez cependant que la convocation à la séance permettait une participation en présentiel ou par visioconférence. En tout état de cause, et alors au surplus que la consultation a eu lieu le 16 avril 2020, soit pendant la période de confinement, les circonstances sanitaires permettaient assurément à l'autorité polynésienne, même sans texte, d'organiser la consultation d'un organe administratif par voie de visioconférence, et ce, qu'il y ait urgence ou non à adopter la loi de pays contestée.

La confédération soutient ensuite que « toutes les dispositions du texte publié n'ont pas été discutées » par le conseil supérieur. Soit. Mais le conseil supérieur est saisi pour avis du projet, pas du texte finalement adopté par l'Assemblée. Le moyen, ainsi formulé, ne peut donc qu'être écarté.

Pourra enfin être écarté le moyen tiré de ce que les agents de l'Assemblée de Polynésie n'ont pas donné leur avis sur un texte qui s'applique aussi à eux. Mais ils ne font pas partie du Conseil supérieur de la fonction publique, de sorte que la consultation de cette instance n'est pas irrégulière.

Les autres moyens portent sur le fond des dispositions.

Il est reproché à la loi du pays de prévoir son application rétroactive, aux situations nées de l'isolement ou du confinement, alors que, comme vous l'avez jugé, les lois du pays « obéissent au principe de non-rétroactivité » (CE 3 avril 2006 Société SEGC, n° 288756). Ce principe admet néanmoins des exceptions, que vous pourriez ici retenir à raison des « circonstances exceptionnelles », qui justifient à nos yeux que soient prises des dispositions spécifiques pour régler rétroactivement la situation administrative des agents publics empêchés de travailler. Vous avez déjà appliqué la notion de « circonstances exceptionnelles résultant de l'épidémie de covid-19 » à la Polynésie française (10 / 9 CHR, 22 juillet 2020, M. T... et autres, préc., à publier au recueil sur ce point) pour juger que la promulgation prématurée de la "loi du pays" contestée ne pouvait, dans les circonstances particulières de l'espèce, être tenue pour illégale. Vous pourriez en faire de même s'agissant de la rétroactivité de la loi du pays.

En métropole, des dispositions similaires (même si différentes) à celles ici en litige ont été prises avec l'adoption de l'ordonnance n° 2020-430 du 15 avril 2020 relative à la prise de jours de réduction du temps de travail ou de congés dans la fonction publique de l'Etat et la fonction publique territoriale au titre de la période d'urgence sanitaire, qui ont eu un effet rétroactif prévu par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 et justifié par l'objectif de permettre une mobilisation optimale des agents au moment de la reprise d'activité.

Cette même préoccupation plaide pour qu'en Polynésie française aussi des mesures rétroactives puissent être prises. Nous vous proposons donc d'admettre, par exception, la rétroactivité des mesures contestées.

Il est également reproché à la loi du pays de rompre l'égalité entre les agents placés à l'isolement, car infectés ou susceptibles de l'être, et qui bénéficient d'autorisations exceptionnelles d'absence, et les agents qui, pendant le confinement, ne travaillant pas sur place ni ne peuvent télétravailler, sont placés en congés avant de pouvoir bénéficier d'autorisations exceptionnelles d'absence. Mais nous n'avons pas beaucoup d'hésitations à voir, au regard des motifs pour lesquels ils ne peuvent accomplir leur service, une différence objective de situation entre ces deux catégories d'agents, les premiers faisant l'objet de mesures individuelles pour des motifs sanitaires personnels, tandis que les seconds subissent au même titre que le reste de la population une mesure générale de santé publique.

S'agissant plus particulièrement de la prise imposée de congés annuels, la confédération y voyant une atteinte à des droits acquis, invoque le droit de propriété (article 17 DDHC et 1P1 CEDH). Mais, d'une part, vous constaterez que les agents visés par la loi du pays n'ont pas été privés de leurs congés annuels et, d'autre part, que les conditions dans lesquels ces périodes de congés sont prises sont soumises à l'intérêt du service, les agents n'ayant aucun droit à prendre des congés annuels aux dates de leurs choix. La réglementation prévue par la loi du pays ne heurte donc aucun des principes invoqués, y compris pour les agents contractuels qui ne disposent pas de plus de droits en la matière du fait de leur engagement contractuel.

Quant au moyen tiré de l'irrégularité de la circulaire de mise en application des plans de continuité de l'activité dans les services de la Polynésie, il est manifestement inopérant, vous nous permettrez de ne point développer.

Reste un dernier moyen, qui vise le dernier alinéa de l'article Lp5. Selon cet article Lp 5, les agents qui, pendant le confinement, ne travaillent pas sur place ni ne peuvent télétravailler, sont placés en congés annuels puis, s'ils les ont épuisés, en autorisation exceptionnelle d'absence, avec maintien du traitement est-il précisé. Le dernier alinéa prévoit qu'à la fin du confinement, les agents ayant bénéficié d'autorisations exceptionnelles d'absence devront rattraper les heures non travaillées.

La confédération y voit une atteinte à la règle du service fait. Nous pensons, même si son moyen est assez peu développé, qu'elle a raison.

Notons au préalable que vous jugez que la règle du service fait constitue un « principe » (CE, Sect., 24 avril 1964, Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires, Rec. 242). Vous pouvez donc examiner la conformité de la loi du pays au regard de la règle dite du « service fait ». Cette règle, essentiellement comptable, établit un lien entre rémunération et services accomplis. Dans la plupart des cas, le service fait est un service effectivement accompli. Mais il existe des exceptions. L'autorisation d'absence en est une.

L'autorisation d'absence est relative à l'absence de l'agent, mais n'est pas une absence de service fait. Ainsi que cette autorisation est conçue⁵, et c'est aussi le cas dans le Statut de la

⁵ En droit du travail, v. les articles L. 3142-1 et s. du code du travail à propos du droit à congés pour événement familiaux, qui « n'entraînent pas de réduction de la rémunération et sont assimilés à du temps de travail effectif

fonction publique de Polynésie (v. art. 56 et s.), elle permet à un agent en activité de ne pas accomplir effectivement son service. Par définition, cet agent ne peut être regardé comme se trouvant en situation d'absence irrégulière et ne peut dès lors faire, sauf cas particulier⁶, l'objet d'une retenue de traitement pour absence de service fait. L'agent perçoit donc sa rémunération (en matière syndicale, v. par ex. 4 avril 1997, B..., n° 154196, A).

Quand l'article Lp5 en litige indique que les agents sont placés en autorisation exceptionnelle d'absence avec maintien du traitement pendant la durée du confinement, nous n'y voyons donc pas une mesure de faveur, mais la correcte application de ces principes.

On ne comprend alors pas pourquoi des agents qui ont été autorisés à être absents et ont été rémunérés pour les heures correspondantes, sans aucune méconnaissance de la règle du service fait, devrait rattraper ces heures. Même si le texte a été adopté pour répondre aux circonstances exceptionnelles de la crise sanitaire, il y a une remise en cause, qui n'est pas justifiée en défense par la Polynésie Française, de la règle du service fait, car le dernier alinéa de l'article Lp5 impose à des agents de refaire des heures qui doivent être regardées comme ayant été, administrativement et comptablement, faites, même si elles n'ont pas, matériellement, été accomplies.

En métropole, comme nous vous l'avons dit, c'est une ordonnance n° 2020-430 du 15 avril 2020 qui a réglé la situation administrative des agents de la fonction publique de l'Etat et de la fonction publique territoriale au titre de la période d'urgence sanitaire. Pour les agents placés en autorisation spéciale d'absence, c'est-à-dire qui ne travaillaient pas sur place au titre du plan de continuité d'activités et qui ne pouvaient pas télétravailler depuis leur lieu de confinement, l'ordonnance a imposé, sur deux périodes successives, la prise de jours de RTT puis de congés annuels, dans la limite bien entendu des jours disponibles. Les employeurs publics se sont posés de nombreuses questions sur la mise en œuvre de ces mesures. Pour y répondre, ainsi qu'à quelques inquiétudes des organisations syndicales, le ministère de l'action et des comptes publics a notamment rédigé une « Foire aux questions (FAQ) portant sur la Fonction publique territoriale dans le cadre de la gestion du Covid-19 ». A la question « Les agents dont le temps de travail est annualisé devront-ils rattraper le travail non effectué ? » la réponse est : « L'agent territorial placé en autorisation spéciale d'absence est autorisé à ne pas occuper temporairement son poste de travail tout en étant considéré en activité. Cette position lui permet de conserver ses droits à rémunération, à avancement ou à congés annuel. Dès lors, le rattrapage des heures de travail, lorsque l'agent est dans cette situation, n'est pas fondé ». Nous ne voyons pas vraiment pourquoi, même si elle est compétente en cette matière en vertu de son statut d'autonomie, il pourrait en aller différemment en Polynésie Française.

Nous vous proposons donc de déclarer illégal le dernier alinéa de l'article LP 5.

PCMNC, à l'illégalité du dernier alinéa de l'article Lp5, au rejet du surplus des conclusions d'illégalité et à ce qu'une somme de 1 500 euros soit mise à la charge de la PF au titre des frais exposés par la confédération et au rejet des conclusions présentées à ce titre par la PF.

pour la détermination de la durée du congé payé annuel ».

⁶ v. par ex. 19 décembre 2009, Ministre de l'Enseignement Supérieur c/M. Jean-Yves P..., n° 320035, en B.

