

N°s 441396, 441517
Fédération CFDT Santé-Sociaux

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 24 mars 2021

Lecture du 12 avril 2021

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

1. Si, au cours de l'année écoulée, les contentieux liés à la **pandémie de covid-19** n'ont pas manqué de remplir les rôles de vos différentes formations et vous ont conduit à rendre d'importantes décisions en matière de libertés publiques et de protection de la santé, ce sont ici des questions de **rémunération des agents publics en lien avec les services qu'ils ont accomplis pendant la gestion de la crise** qui, pour la première fois, vont vous occuper.

L'argent étant le nerf de la guerre, il a très tôt été décidé d'allouer une **prime exceptionnelle** aux personnels soignants qui ont constitué « la première ligne ». L'article 11 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 a ainsi jeté les bases du versement en 2020 d'une telle prime aux agents des administrations publiques ayant subi un surcroît de travail significatif sur cette période pour faire face à la crise.

Au niveau réglementaire, deux séries de textes sont intervenues :

- en premier lieu, le décret n° 2020-568 du 14 mai 2020, lui-même modifié par un décret du 8 juin 2020, a prévu le versement d'une prime non pérenne aux agents publics **des établissements publics de santé**¹. Ce décret simple fixe les critères d'éligibilité à la prime et de modulation de son montant en fonction de l'impact géographique de la crise sanitaire et du temps de présence effective de l'agent au cours d'une période de référence débutant le 1^{er} mars et s'achevant le 30 avril 2020, correspondant à la période la plus aigüe de la crise. La prime est d'un montant de 1 500 euros dans les 40 départements les plus touchés par l'épidémie, et de 500 euros dans les autres ;

¹ ce qui inclut en outre les hôpitaux des armées mentionnés à l'article L. 6147-7 du code de la défense et l'Institution nationale des invalides

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.

- en second lieu, le décret n° 2020-711 du 12 juin 2020² a également prévu la bénéfice d'une prime exceptionnelle pour les agents relevant des **établissements et services publics sociaux et médico-sociaux** de la fonction publique hospitalière, de la fonction publique d'Etat et de la fonction publique territoriale, dont il définit les critères d'éligibilité et les modalités d'attribution. Il prévoit le versement d'une prime de 1 500 euros dans les mêmes 40 départements les plus touchés, et de 1 000 euros dans les autres.

2. Ce sont ces deux séries de textes que conteste régulièrement devant vous la Fédération CFDT Santé-Sociaux, par deux requêtes que vous pourrez évidemment joindre et qui, en substance, reprochent aux décrets d'introduire des inégalités entre certaines catégories de personnels.

Compte tenu des moyens qu'elle soulève, la requérante doit être regardée comme demandant l'annulation des articles 1^{er}, 2 et 8 du décret du 14 mai 2020 modifié et des articles 3 et 5 du décret du 12 juin 2020.

3. Sont d'abord articulés, contre chacun des textes, des moyens, qui sont opérants contre un décret (CE 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT et autres*, n° 266900, 266944, T. p. 708), tirés de la **méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme**.

3.1. Sous cet angle, une première série de moyens concerne la question des **conditions de durée d'activité des agents contractuels** pour l'octroi de la prime exceptionnelle.

En effet, les dispositions de chaque décret attaqué (respectivement celles des deuxième et quatrième alinéas de l'article 2 du décret du 14 mai 2020 et celles du II de l'article 5 du décret du 12 juin 2020) ouvrent le bénéfice de la prime aux agents contractuels qui ont exercé, entre le 1^{er} mars et le 30 avril 2020, « *pendant une durée cumulée d'au moins trente jours calendaires équivalents à un temps plein ou complet* ».

Le syndicat requérant voit dans cette rédaction un motif d'incertitude : elle ne permettrait pas de trancher la question de savoir si un mi-temps contractuel sur 60 jours peut être ramené à un équivalent de 30 jours à temps plein ou complet.

Mais pour notre part, nous n'avons aucun doute : l'expression « jours équivalents à un temps plein ou complet » conduit nécessairement à proratiser les durées de contrats des

² Précisons qu'il a depuis lors de nouveau été modifié à deux reprises pour prévoir un nouveau versement pour la période comprise entre le 1^{er} juin et le 31 août 2020 et pour adapter des références textuelles

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.

agents à temps partiel ou incomplet pour les ramener à une quotité d'un temps plein ou complet.

C'est d'ailleurs ce qu'a clairement confirmé, et sans erreur de droit selon nous, l'instruction ministérielle du 9 juin 2020 relative à la mise en œuvre de cette prime exceptionnelle³.

Vous pourrez donc rassurer la requérante sur ce point, même si c'est en écartant son moyen !

3.2. La seconde branche du moyen est dirigée contre le dernier alinéa de l'article 3 du décret du 12 juin 2020, qui prévoit que les agents de certains établissements sociaux ou médico-sociaux autres que ceux accueillant des personnes âgées peuvent bénéficier d'une indemnité exceptionnelle **d'un montant maximal de 1 000 euros**.

Le syndicat estime que cette rédaction introduit un doute sur la possibilité ou non de moduler la prime à ce titre.

Toutefois, s'il est possible de critiquer cette disposition sur le fond – nous y reviendrons –, nous n'avons en revanche aucune difficulté à estimer qu'elle fixe, sans imprécision, un **plafond** au montant de la prime susceptible d'être perçue par les agents concernés en fonction de leur activité durant la période de référence.

Vous pourrez donc écarter comme infondés l'ensemble des griefs d'inintelligibilité de la norme.

4. Sont ensuite soulevés de nombreux moyens, qui sont opérants à l'égard d'un texte qui octroie une prime (CE 21 février 1973, *Fédération syndicaliste des travailleurs des PTT*, n° 82108, A ; CE 31 janvier 2000, *Ajolet*, n° 201907, B), tirés d'une **méconnaissance du principe d'égalité**, dont vous savez qu'il ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier (Ass. 11 avril 2012, *GISTI*, n° 322326, p. 142).

4.1. Un premier groupe de moyens invoque une **rupture d'égalité entre agents titulaires et agents contractuels**.

³ Qui précise qu'un : « un agent contractuel à temps partiel à hauteur de 50 % doit avoir exercé pendant une durée d'au moins 60 jours calendaires, soit les deux mois qui couvrent l'intégralité de la période de référence, pour percevoir la prime exceptionnelle »

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 retrouvons là la critique qui était sous-jacente au moyen d'inintelligibilité dirigé contre les **conditions de durée d'activité applicables aux agents contractuels pour l'octroi de la prime.**

La fédération requérante estime qu'il existe une différence de traitement illégale entre les agents contractuels à temps partiel et les agents titulaires à temps partiel, qui tient à ce que le critère d'éligibilité relatif à la quotité horaire (les « 30 jours calendaires équivalents à un temps plein ou complet » dont nous venons de vous parler) est exclusivement réservé aux agents contractuels. Elle vous demande à titre subsidiaire de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle car elle estime qu'il y a là une violation de la directive 99/70/CE du 28 juin 1999 mettant en œuvre l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, telle qu'interprétée par la CJUE dans son arrêt du 20 juin 2019, *Daniel Ustariz Arotegui* (C-72/18).

Toutefois, même si, du point de vue des apparences, les décrets litigieux paraissent traiter différemment les agents titulaires et les agents contractuels, il nous semble en réalité qu'il n'en est rien.

En effet, pour les agents titulaires, les règles statutaires elles-mêmes (posées respectivement aux articles 37 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État, 60 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et 2 de la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière) interdisent que leur temps partiel soit inférieur au mi-temps.

Ainsi, dès lors que, pour leur part, les agents contractuels à temps partiel peuvent exercer leurs fonctions pour des quotités inférieures au mi-temps, la condition de 30 jours équivalents temps plein vise *de facto* – et donc *de jure* ! – à traiter de manière identique agents titulaires et agents non titulaires pour ce qui est de cette condition d'octroi de la prime.

Par ailleurs, contrairement à ce qui est soutenu, les dispositions de l'article 6 du décret du 14 mai 2020 ou de l'article 7 du décret du 12 juin 2020, qui permettent de déterminer l'abattement à appliquer au montant de la prime selon la durée d'absence de l'agent au cours de la période, s'appliquent de façon identique aux agents titulaires et contractuels.

Vous pourrez donc **écarter ce premier groupe de moyens**, étant précisé à toutes fins utiles – car cette argumentation nous semble inopérante – que si, comme le relève la requérante, des dispositions similaires à celles critiquées n'existent pas dans le décret n° 2020-570 du 14 mai 2020 relative aux agents de la FPE et de la FPT, une telle circonstance est sans incidence sur la réglementation contestée devant vous car si, pour la FPE et la FPT, le pouvoir réglementaire a laissé respectivement aux chefs de service et aux organes

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.

délibérants des collectivités le soin de définir les modalités d'attribution de la prime exceptionnelle, il a fait le choix inverse pour les agents relevant de la sphère sanitaire (donc essentiellement de la FPH) afin de garantir des droits identiques aux agents des établissements concernés, compte tenu de leurs missions.

4.2. Le second groupe de moyens est relatif à l'existence d'une **rupture d'égalité entre les agents selon leur établissement ou service d'exercice.**

4.2.1. Examinons d'abord les critiques touchant au sort des **agents hospitaliers**, c'est-à-dire des personnels régis par le décret du 14 mai 2020.

4.2.1.1. Un premier moyen conteste la faculté ouverte par l'article 8 du décret aux chefs d'établissements situés dans les départements du second groupe (les moins touchés) **de relever, dans la limite de 40 % des effectifs, le montant de la prime exceptionnelle à 1 500 euros**, au lieu de 500 euros, pour les services ou agents impliqués dans la prise en charge de patients contaminés par le virus du covid-19 ou mobilisés par les circonstances exceptionnelles d'exercice.

La CFDT Santé-Sociaux y voit là un risque d'arbitraire dès lors que le mécanisme est soumis à la seule appréciation du chef d'établissement et que la limite de 40 % des effectifs ne correspond, selon elle, à aucune donnée objective et rationnelle.

Nous ne partageons pas cette analyse.

D'une part, en effet, contrairement à ce qui est soutenu, le relèvement de la prime n'est pas laissé à la libre appréciation des chefs d'établissement. Ceux-ci seront, sous le contrôle du juge, tenus d'appliquer les critères retenus par le décret : il leur faudra donc établir l'existence d'un surcroît de travail pour l'agent, en caractérisant soit une implication dans la prise en charge de patients contaminés par le covid-19 soit une mobilisation du fait des circonstances exceptionnelles d'exercice.

D'autre part, s'agissant du plafond de 40% des effectifs, nous observons que, même si on ne saurait prétendre qu'il découle d'une scientificité absolue, aucun élément du dossier ne permet de penser qu'il serait manifestement inapproprié et ferait indûment obstacle au relèvement de la prime pour certains personnels, sachant que sont ici concernés les hôpitaux situés dans la partie la moins touchée du pays. Le syndicat requérant ne vous fournit d'ailleurs aucun exemple concret d'établissement où cela aurait été le cas et s'en tient à des arguments de principe.

Vous écarterez donc ce moyen.

4.2.1.2. Le second moyen est tiré de ce que le décret du 14 mai 2020 méconnaît le

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.

principe d'égalité en ce qu'il n'inclut pas dans son champ les agents de la FPH affectés dans les unités de soins de longue durée et dans les établissements et services qui accueillent des personnes âgées.

La question se pose sous un jour particulier car, dans sa version initiale, le décret du 14 mai incluait bien les personnels en cause dans son champ d'application. Ils en ont été retirés pas l'effet du décret modificatif du 8 juin pour être « transférés » dans le décret du 12 juin 2020.

En d'autres termes, le pouvoir réglementaire a restreint la portée du premier texte aux agents affectés dans le secteur sanitaire *stricto sensu*, tandis que les agents affectés dans des établissements certes rattachés à des établissements publics de santé mais ayant vocation à assurer des missions d'accueil de long séjour ou d'hébergement ont basculé, au sens de la réglementation litigieuse, dans la sphère sociale ou médico-sociale. Cela a une conséquence concrète pour les intéressés : dans les départements du second groupe, leur prime sera d'un montant de 1 000 euros et non de 500 euros.

Dans une logique assez statutaire, la fédération dénonce ici une rupture d'égalité, au sein d'une même fonction publique, entre le secteur sanitaire et le secteur social et médico-social.

Toutefois, contrairement à ce qui est soutenu à l'appui de cette argumentation, vous jugez de manière constante « qu'aucune disposition ni aucun principe n'impose au pouvoir réglementaire d'épuiser sa compétence en un seul décret » (CE 12 février 1993, *Syndicat CFDT des personnels des ministères chargés de l'Industrie, de la Recherche, de l'Énergie, du Commerce et de l'Artisanat*, n° 93107, T. p. 817 ; CE 23 janvier 2008, *Association française en ostéopathie et autres*, n° 304478) : le décret du 14 mai 2020 modifié n'est donc pas illégal « en tant que ne pas », c'est-à-dire du seul fait qu'il ne régit pas toutes les catégories d'agents de la FPH.

Nous pensons, dans cette logique, que, dès lors qu'il s'agit de régir deux situations différentes, est inopérante la branche du moyen qui soutient que le principe d'égalité aurait imposé que les différents décrets d'application de l'article 11 de la loi du 25 avril 2020 soient pris à la même date (voir en ce sens : CE 14 octobre 2020, *M. Jambon*, n° 424961, inédit).

Enfin, dès lors que la prime exceptionnelle instituée par l'article 11 de la loi du 25 avril 2020 est destinée à tenir compte du surcroît de travail et des contraintes effectivement supportées par les agents en raison du contexte de l'état d'urgence sanitaire, la circonstance que les agents régis alternativement par le décret du 14 mai 2020 ou par le décret du 12 juin 2020 relèvent du même statut et peuvent parfois être rattachés au même établissement public de santé est sans incidence sur la possibilité pour le pouvoir réglementaire de déterminer le montant de la prime en se fondant non sur le statut des agents ou le statut juridique de

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.

l'établissement d'affectation, mais sur l'activité, les conditions d'exercice et les contraintes effectivement supportées par les agents.

Tel est d'ailleurs tout à fait ce à quoi les critères retenus par la loi du 25 avril 2020 le conduisaient.

En l'espèce, alors que les personnels affectés dans des établissements sociaux et médico-sociaux, en particulier des EHPAD, ont eu à gérer les conséquences du confinement pour les personnes prises en charge dans ces établissements, notamment les mesures sanitaires renforcées et parfois des « *clusters* » en leur sein, il nous paraît difficile de contester que leurs conditions d'exercice ont été plus éprouvantes que celles des personnels affectés dans les établissements hospitaliers situés dans les départements du second groupe, à l'exception bien sûr de ceux qui accueillaient des malades contaminés par le virus du covid-19 ou qui étaient mobilisés par des circonstances exceptionnelles d'exercice.

La différence de traitement (500 euros pour les uns ; 1 000 euros pour les autres) n'apparaît pas disproportionnée dès lors qu'il s'agit de gratifier des personnes qui ont subi une surcharge de travail et des contraintes supplémentaires pendant près de deux mois.

Vous constaterez donc que la différence de traitement est justifiée et qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée au regard de l'objet de la prime.

4.3. Venons-en maintenant au troisième et dernier groupe de moyens, qui sont tirés de la méconnaissance du principe d'égalité entre différentes catégories d'**agents du secteur social et médico-social** régis par le **décret du 12 juin 2020** et qui se décomposent en deux branches.

4.3.1. Sur ce terrain, sont d'abord critiquées les modalités selon lesquelles peut être modulé le montant de la prime exceptionnelle en fonction du lieu d'exercice de l'agent.

Il faut avoir à l'esprit que les articles 2 et 3 du décret du 12 juin 2020 ont instauré une *summa divisio* au sein des établissements sociaux et médico-sociaux. Nous vous épargnerons l'interminable et indigeste énumération des renvois textuels qu'opèrent ces articles mais, pour dire les choses simplement, le régime est le suivant :

- les agents exerçant au sein des établissements accueillant majoritairement des personnes âgées, des personnes handicapées ou des personnes malades bénéficie du régime à double palier : 1500 € (dans les départements les plus touchés) / 1000 € (dans les départements du second groupe) ;
- les agents exerçants dans les autres établissements sociaux – il s'agit

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.

principalement de ceux accueillant des personnes défavorisées, des mineurs ou des étrangers – relèvent pour leur part du régime unique à 1 000 euros, quel que soit le département où ils se trouvent.

La fédération requérante ne remet pas en cause le principe de la modulation de la prime en fonction du département d'exercice mais critique le fait qu'une telle modulation ne soit pas appliquée aux agents de la 2^{ème} catégorie d'établissements, qui ne pourront pas prétendre à la prime de 1 500 euros alors même que leur établissement d'exercice se situe dans un des départements ayant été les plus touchés par l'épidémie. Elle estime qu'aucun critère objectif ou rationnel ne permet de justifier une telle différence de traitement.

Nous ne vous proposerons cependant pas de suivre son analyse.

Comme nous venons de vous le dire, les établissements où une modulation de prime est possible sont ceux qui accueillent des personnes âgées, handicapées ou malades. Or, nous ne pouvons qu'observer qu'au vu de la nature du virus, qui a particulièrement frappé ces populations, des mesures souvent drastiques ont été rendus nécessaires pour l'accueil de ces personnes. Il en est naturellement résulté des contraintes particulières pour les agents exerçant dans ces établissements ou services et, de ce fait, nous ne pensons pas que ces derniers se trouvaient, de manière générale, dans une situation identique à celle des agents des autres établissements accueillant des publics moins à risques sur le plan sanitaire.

Dès lors, nous estimons qu'en prévoyant une modulation du montant de la prime en fonction du département d'exercice pour les seuls agents des établissements mentionnés à l'article 2 du décret du 12 juin 2020, le pouvoir réglementaire n'a pas établi une différence de traitement manifestement disproportionnée au regard de l'objet de la prime instituée par la loi du 25 avril 2020.

4.3.2. Enfin, la requérante estime que le même décret méconnaît encore le principe d'égalité en ce qu'il prévoit, pour les seuls agents exerçant dans les **établissements et services sociaux⁴ prenant en charge des mineurs et des majeurs de moins de 21 ans**, que la prime exceptionnelle sera d'un montant maximal de mille euros et permet ainsi que son montant soit réduit sans que des critères soient définis, créant ainsi des disparités entre les agents sur l'ensemble du territoire ainsi qu'à l'intérieur d'un même établissement ou service.

Nous croyons cependant que deux motifs font obstacle à ce que vous accueilliez ce moyen.

D'une part, et ainsi que nous vous l'avons rappelé, le montant de la prime fixé par

⁴ Il s'agit, pour le dire en langue vernaculaire, de ceux mentionnés au 1^o du I de l'article L. 312-1 et à l'article L. 421-2 du code de l'action sociale et des familles

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.

l'établissement employeur ne pourra être légalement déterminé, le cas échéant sous votre contrôle, qu'en fonction du surcroît effectif de charge de travail résultant pour chaque agent concerné de la gestion sanitaire de l'épidémie.

D'autre part, eu égard au risque sanitaire de moindre ampleur encouru par les mineurs et les jeunes majeurs et aux incidences plus limitées de l'épidémie sur l'activité des établissements et services les accueillant, nous pensons que le pouvoir réglementaire n'a pas établi une différence de traitement manifestement disproportionnée au regard de l'objet de la prime instituée par la loi du 25 avril 2020, en prévoyant que son montant puisse être modulée en fonction de la surcharge de travail effectivement supportée par chaque agent.

Vous écarterez donc le dernier moyen.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet des requêtes, y compris de leurs conclusions présentées 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.