N° 445 468
Syndicat SPACEFF CFDT

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. Le présent recours pour excès de pouvoir va vous donner l'occasion de préciser la portée de l'obligation de consulter les instances représentatives d'un établissement public, s'agissant en particulier des conditions dans lesquelles doit être recueilli l'avis d'un CHSCT.

Il est dirigé contre une note de service du 10 septembre 2020 du directeur général de l'Institut national de la propriété intellectuelle déterminant les modalités et conditions de reprise du travail sur les différents sites de l'INPI à compter du 14 septembre 2020, puisque nous étions alors dans une période de « déconfinement »...

En l'espèce, la décision contestée avait, schématiquement, un triple objet :

- fixer le nombre de jours de télétravail maximum par semaine (3) tout en prévoyant le placement en télétravail à temps complet en cas de risque pour la santé ;
- adapter les plages horaires d'arrivée et de départ des agents ;
- établir des « règles de présence » sur le site : distanciation, port du masque, remise d'équipements de protection aux agents.

2. Avant d'examiner les moyens de la requête, nous devons vous dire un mot sur votre compétence pour connaître d'un tel acte en premier et dernier ressort.

Vous savez que vous êtes compétents, en vertu du 2° de l'article R. 311-1 du CJA, pour statuer sur les recours dirigés contre les actes réglementaires des autorités à compétence nationale.

Sur la base de ces dispositions, dont nous ne sommes pas persuadé que c'était là leur finalité première, vous avez jugé qu'un établissement public national relève de la catégorie des

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.

autorités à compétence nationale lorsqu'il est **doté d'un pouvoir réglementaire par un texte** : c'est l'apport de votre décision CE 26 juillet 2011, *Syndicat SNUTEFI-FSU*, n° 346771, p. 371, ccl. M. Vialettes.

Or, nous n'avons guère de doute à estimer que l'INPI, établissement public administratif placé sous la tutelle du ministre de l'industrie, remplit effectivement cette condition. Cet établissement national est doté d'un pouvoir réglementaire en vertu d'un texte : en application des articles L. 721-2 et L. 721-3 du code de la propriété intellectuelle, il homologue le cahier des charges des indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux (CE 30 décembre 2015, *Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle et autres*, n° 386805, T. p. 529).

Vous pourriez certes vous demander si votre compétence directe vise toutes les décisions réglementaires prises par de tels établissements publics nationaux ou seulement celles prises au titre du pouvoir réglementaire dont ils sont dotés par un texte, ce qui aurait permis de restreindre votre compétence aux actes les plus importants.

Si la page était blanche, il n'est pas impossible que nous vous aurions invités à retenir une telle conception¹, mais telle n'est manifestement pas la voie dans laquelle s'est engagée votre jurisprudence.

Par une décision CE 23 juin 2012, *B...*, n° 350529, T. p. 663, ccl. N. Boulouis, vous vous êtes reconnus compétents pour connaître d'une note de service de la SNCF non prise par les autorités de cet établissement public industriel et commercial dotées par un texte d'un pouvoir réglementaire, mais dérogeant à un règlement du personnel. Votre commissaire du gouvernement vous invitait en effet à adopter une « lecture souple » et de considérer que l'article R. 311-1 vous attribue compétence pour tous les actes réglementaires d'un établissement public doté par un texte d'un pouvoir réglementaire, peu important le fondement des actes en cause.

Bien que cette solution présente des inconvénients – dont celui de partager entre le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs le contentieux d'actes parfaitement comparables au nom de l'existence ou pas d'un pouvoir réglementaire résultant d'un texte parfois totalement étranger au litige en cause, c'est cette conception, dont on ne peut en revanche que louer les effets simplificateurs puisque vous n'avez pas à vous interroger sur les bases textuelles de chaque décision critiquée, qui l'a emporté².

¹ Voir en ce sens les conclusions d'A. Lallet sur CE 17 juin 2014, *Sté ERDF* n° 368867 et 368868, B : « Pour éviter un basculement excessif des établissements publics dans la catégorie des autorités à compétence nationale, cette jurisprudence devrait toutefois rester cantonnée au cas où le texte ne se borne pas à entériner le pouvoir Jamart dont disposent les organes dirigeants de tout établissement public. »

² Voyez en ce sens, parmi d'autres illustrations : CE 7 décembre 2015, *Syndicat professionnel de l'Agence des produits de santé (Spaps)*, n° 391283, inédit ; 29 juin 2016, *Dicostanzo*, n° 386081, T. p. 964 ; 1^{er} juin 2016,

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.

Vous pouvez donc vous prononcer sur l'acte contesté devant vous, sans être arrêté en cela non plus par le fait qu'il a été « suspendu », c'est-à-dire abrogé par une décision du 2 novembre 2020 du directeur général de l'INPI, à l'occasion du second confinement. Si ce motif a justifié le prononcé d'un non-lieu dans l'instance de référé-suspension dont il faisait l'objet (ce qui est parfaitement logique - cf. JRCE, 1^{er} décembre 2004, *SFOIP*, n° 274117, inédit ou, *a contrario*, CE 4 mars 2009, *A...*, n° 320241, B), il n'en va pas de même au fond puisqu'il ne ressort nullement des pièces du dossier que la décision n'aurait reçu aucune application entre son édicition et sa sortie de vigueur (Assemblée, 12 décembre 1953, *Union nationale des associations familiales*, n° 16479, p. 545).

3. Ceci étant posé et alors que nous n'avons aucun doute quant à l'intérêt à agir du syndicat requérant, qui n'est d'ailleurs pas contesté en défense, nous pouvons en venir au fond du litige.

A notre sens, vous pourriez écarter sans difficulté trois des quatre moyens soulevés par la requête.

3.1. Celle-ci argue d'abord que la note litigieuse ne pouvait être **compétemment prise que par le conseil d'administration (CA)** et non par le directeur général de l'établissement.

Toutefois, force est de constater que, comme c'est d'ailleurs très fréquemment le cas au sein d'un établissement public, la compétence du CA se limite, en matière de ressources humaines, à la fixation des « *conditions générales d'emploi et de rémunération du personnel* » (article R. 411-4 du code de la propriété intellectuelle).

Or, non seulement la note de service litigieuse porte sur des règles d'organisation quotidienne du travail (télétravail, plages horaires du travail, règles applicables dans les locaux) qui se rattachent normalement au pouvoir d'organisation du chef de service ou, s'agissant d'un établissement public, du directeur général (Section 17 mars 1997, *Fédération nationale du syndicat des personnels des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, n° 123912, p. 90 ; voir aussi *Syndicat professionnel de l'Agence des produits de santé* précitée), mais en outre, ces règles n'ont strictement rien de « *générales* » puisqu'étant destinées à mettre en place une organisation d'urgence, elles sont au contraire éminemment circonstanciées, étant prises, en l'occurrence, au regard des évolutions de la crise sanitaire actuelle, dont chacun ne sait que

Fédération des finances CFDT, inédit, aux conclusions de Gilles Pellissier, qui nous paraissent avoir bien résumé la problématique en rappelant qu'« il n'est en revanche pas nécessaire que l'acte contesté procède de cette compétence textuelle, ce qui vous conduit à connaître des actes pris par le chef de service d'un établissement public national dans le cadre du pouvoir général d'organisation du service reconnu par votre jurisprudence *Jamart*, lorsque cet établissement a été, par ailleurs, doté par un texte d'un pouvoir réglementaire. »

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.

trop bien qu'elles sont temporaires...

3.2. Nous pensons également que les **deux moyens de légalité interne sont voués au rejet.**

Ils sont respectivement tirés de ce que le directeur général de l'INPI a entaché sa décision d'incompétence négative et méconnu l'article 2-1 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982, en s'abstenant de définir la notion de « *personnes à risque* » employée à l'article 1^{er} de la décision attaquée et, d'autre part, de ce qu'il a commis une erreur de droit ou une erreur manifeste d'appréciation, en énonçant que les « *personnes à risque* » ne pourront bénéficier que d'un placement en télétravail, et non, dans l'hypothèse où elles ne pourraient pas recourir au télétravail, d'une autorisation spéciale d'absence (ASA).

Mais, d'une part, nous ne voyons absolument pas en quoi le directeur général aurait été tenu, dans une note de service à vocation générale, de définir autrement que par des termes génériques la notion de « *personnes à risque* » qui, par définition, dépend de nombreux facteurs et exige de toute façon une appréciation au cas par cas en fonction de ces facteurs. De même, rien dans le décret du 28 mai 1982, dont l'article 2-1 pose simplement une obligation générale pour les chefs de service « dans la limite de leurs attributions » de veiller à la sécurité et à la protection de la santé des agents placés sous leur autorité, ne lui imposait de telles exigences.

D'autre part, contrairement à ce qui est allégué, il ressort des pièces du dossier que, compte tenu des effectifs de l'INPI, la direction n'avait en réalité pas besoin de traiter du cas des ASA s'agissant des « *agents les plus vulnérables* » car seuls quatre agents comptaient parmi « *les plus vulnérables* » et leurs fonctions étaient intégralement « télétravaillables ». De fait, aucune ASA n'a été demandée. Nous ne voyons donc là ni erreur de droit ni erreur manifeste d'appréciation.

4. Nous allons cependant vous proposer d'annuler la décision contestée pour un motif lié à l'irrégularité de la consultation du CHSCT à laquelle il a été procédé le 9 septembre 2020, après qu'une première réunion, convoquée le 4 septembre, n'a pu se tenir, faute de quorum.

4.1. Il n'est pas argué que cette consultation n'aurait pas été **obligatoire** et nous pensons en effet qu'elle l'était³, en vertu des articles 57 et 60 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi que la prévention médicale dans la fonction publique, qui la prévoient pour les « *projets d'aménagement importants modifiant les conditions de santé*

³ Sachant de toute façon que l'administration a l'obligation de consulter de manière régulière un organisme qu'elle consulte à titre facultatif (v. not. Assemblée 29 juillet 2017, *Association citoyenne Pour Occitanie pays catalan et autres*, n°s 403928, 403948, A ; pour la consultation d'un CHSCT : CE 20 décembre 2017, *Syndicat national des douanes-CGT*, n° 410381, B)

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.

et de sécurité ou les conditions de travail » et pour se prononcer « sur la teneur de tous documents se rattachant à sa mission, et notamment des règlements et des consignes que l'administration envisage d'adopter en matière de santé et de sécurité. »

En effet, au regard du risque sanitaire posé par l'épidémie de coronavirus et du caractère inédit des aménagements prévus pour y faire face, la note de service contestée, qui est applicable aux 780 agents de l'INPI, porte sur un aspect important de leurs conditions de travail et de la protection de leur santé puisqu'elle régit les modalités de reprise du travail « en semi-présentiel » sur les différents sites de l'INPI, à partir du mois de septembre 2020, compte tenu de l'évolution de la situation sanitaire, et qu'elle porte notamment sur les règles d'hygiène au travail (équipements de protection, aménagement, « distanciation »...).

4.2. La régularité de cette consultation est critiquée par un moyen que l'on peut décomposer en deux branches.

4.2.1. La première branche, tirée de ce que les modalités de la consultation n'auraient pas permis aux représentants du personnel de délibérer utilement, **faute d'être suffisamment éclairés sur les enjeux du projet** soumis à leur avis, nous paraît manquer en fait.

Il ressort en effet des pièces du dossier que les intéressés disposaient non seulement d'une documentation abondante (Document Unique d'Evaluation des Risques Professionnels mis à jour, note de présentation, guide pratique, plan de prévention spécifique pour la restauration, etc.) mais qu'en outre, ils pouvaient interroger l'infirmière et l'assistante sociale de l'INPI, toutes deux présentes au CHSCT. Par ailleurs, le procès-verbal de la séance fait apparaître que les diverses questions posées par le projet de note de service ont toutes été abordées durant la réunion, qui n'a certes duré qu'une heure trente – nous allons y revenir – mais sans que ce délai nous paraisse anormalement bref au regard de l'ordre du jour.

4.2.2. C'est en revanche la branche tirée de ce que la **procédure de recueil de l'avis du CHSCT a été viciée** qui nous paraît fondée.

Sur le plan des faits, il n'est pas contestable qu'il n'a pas été procédé à un vote à l'issue de la réunion, la séance ayant été interrompue par le départ des représentants de l'administration sans que le projet ait été mis aux voix.

Certes, consciente de ce que le dialogue social peut avoir de conflictuel et soucieuse d'éviter toutes manœuvres dilatoires, votre jurisprudence est pragmatique en cette matière et elle admet depuis longtemps que l'avis d'une instance qui a refusé de se réunir peut être regardé comme rendu (voyez, pour la décision de principe en matière disciplinaire : Assemblée, 23 janvier 1931, *Sieur R...*, p. 91). La même solution prévaut lorsque des membres de l'instance ont délibérément choisi de ne pas se prononcer (CE 27 janvier 2017, *Syndicat national des agents des douanes CGT*, n° 400759), l'article 72 du décret du 28 mai 1982 prévoyant d'ailleurs

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.

expressément l'hypothèse de l'abstention.

Mais tel n'a pas été le cas en l'espèce, les élus étant demeurés présents et n'ayant jamais refusé de voter.

Il ressort au contraire du procès-verbal de la réunion que c'est le DRH de l'établissement qui, manifestement excédé par le ton polémique de ses interlocuteurs et par ce qu'il considérait comme de l'obstruction alors qu'il souhaitait rejoindre une « réunion des managers » programmée durant la même matinée sur le même sujet, s'est contenté d'« *indique(r) qu'il (allait) quitter cette réunion* », en proposant d'ailleurs de la reprendre plus tard, sans jamais mettre aux voix le projet de note de service. Cette dernière circonstance nous paraît importante : elle nous conduit à considérer qu'alors même qu'ils avaient déjà fait part de nombreuses réserves sur le texte, les représentants du personnel n'avaient pas encore exprimé d'avis définitif au moment où la séance a été levée.

Nous sommes ainsi dans une hypothèse où c'est l'administration qui, par son attitude, a empêché les représentants du personnel d'exprimer de manière définitive leur avis... et il nous semble qu'il y a là une atteinte substantielle aux règles qui régissent la consultation d'un CHSCT.

Certes, comme nous venons de vous le dire, il ne faut pas s'attacher, en pareille matière, à un formalisme excessif. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, lorsqu'aucun texte n'impose formellement de vote, vous vous en tenez, pour apprécier la régularité de la procédure de consultation suivie, à une approche *in concreto* en contrôlant en fonction de chaque espèce, au regard de la nature de l'organisme consulté, de l'objet de la consultation et du contenu des débats, si l'organisme a été régulièrement consulté (CE 8 juillet 2009, *CGT et autres*, n° 317937, T. pp. 609-819-914).

Ainsi, s'il apparaissait que l'avis d'un CHSCT avait été émis malgré, par exemple, la participation d'un suppléant dépourvu de voix délibérative, nous serions sans doute très enclin à ne pas y voir un vice de nature à altérer la régularité de la procédure suivie.

Mais dans le cas très particulier qui nous occupe aujourd'hui, c'est l'existence-même du vote qui a été remise en cause, alors que le décret du 28 mai 1982 le prévoit expressément.

Or, vous avez jugé, s'agissant des comités techniques régis par le décret n° 2011-184 du 15 février 2011, qu'en l'absence de vote, une consultation ne peut être regardée comme ayant eu lieu et qu'elle ne constitue dans ce cas qu'une simple information (CE 1^{er} juin 2018, *X...*, n° 391518, T. p. 509).

Il nous semble que vous ne pouvez qu'étendre cette jurisprudence aux CHSCT, d'autant que la rédaction de l'article 72 du décret du 28 mai 1982, qui fixe les règles applicables au vote

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.

des membres de cette instance⁴, est encore plus directive que celle du décret du 15 février 2011, dont l'article 47 ne tend à faire de la tenue d'un vote qu'une possibilité (« *s'il est procédé à un vote, il a lieu à main levée* »).

Dans un tel cas, vous avez également déjà jugé, toujours au sujet des comités techniques, que l'absence de consultation privait les agents concernés d'une garantie « *qui découle du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail consacré par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » (CE 15 mai 2012, *Fédération interco CFDT*, n° 339834, T. p. 546-814), ce qui interdit de neutraliser le vice de procédure au sens de votre jurisprudence *Danthony* (Assemblée, 23 décembre 2011, n° 335033, p. 649).

Vous ne pourrez que raisonner de la sorte ici et devrez donc accueillir le moyen et annuler la décision litigieuse, qui a été adoptée au terme d'une procédure irrégulière.

Ce faisant, il nous semble que vous ne vous départirez pas du pragmatisme qui irrigue toute votre jurisprudence sur ce sujet. Nous croyons en effet utile de vous préciser que, dans notre esprit, l'annulation que vous prononcerez ne signifie pas que le DRH de l'INPI aurait dû laisser les discussions se prolonger au-delà du délai raisonnable qui, pensons-nous, était atteint lorsqu'il a quitté la réunion : simplement, dans ce type de situation, il appartient au représentant de l'administration, pour la clarté de l'avis rendu mais aussi, précisément, pour éviter tout blocage mal intentionné, de clore les débats et de solliciter l'avis de chacun. Se dérober à cet instant, quels qu'en soient les motifs, ne nous paraît en revanche ni respectueux des agents et de leurs représentants ni même efficace, et, en tout cas, irrégulier.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de la décision attaquée ;
- à ce que l'INPI verse au syndicat requérant une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions présentées sur le même fondement par l'établissement public.

⁴ Dont le troisième alinéa énonce que : « *Les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail émettent leur avis à la majorité des présents. Le vote a lieu à main levée. Les abstentions sont admises. En cas de partage égal des voix, l'avis est réputé avoir été donné ou la proposition formulée* ».