

N° 440254

M. H...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 9 avril 2021

Lecture du 27 avril 2021

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

1. En 1953, le législateur a créé « pour les besoins permanents du service de documentation extérieure et de contre-espionnage, des cadres de fonctionnaires titulaires » non soumis au droit commun de la fonction publique. Cette disposition, créée dans le contexte particulier de la guerre froide, n'a été modifiée que deux fois, en 1980¹ et en 2012². Si les menaces évoluent, les nécessités du renseignement en vue d'assurer la sécurité de la France, quant à elles, perdurent.

Ainsi, « *La direction générale de la sécurité extérieure a pour mission, au profit du Gouvernement et en collaboration étroite avec les autres organismes concernés, de rechercher et d'exploiter les renseignements intéressant la sécurité de la France, ainsi que de détecter et d'entraver, hors du territoire national, les activités d'espionnage dirigées contre les intérêts français afin d'en prévenir les conséquences* ». C'est en ces termes que l'article D. 3126-2 du code de la défense, créé par le décret n° 2008-1219 du 25 novembre 2008, définit les missions de la bien connue DGSE.

Plus précisément, quatre articles du code de la défense régissent cette direction (D. 3126-1 à D. 3126-4). Elle est placée sous l'autorité d'un directeur général relevant directement du ministre de la défense et nommé par décret en conseil des ministres. Son organisation et son fonctionnement sont fixés par arrêté du ministre de la défense.

S'agissant des fonctionnaires qui y exercent, l'article 2 de la loi du 3 février 1953 modifiée renvoie à un décret en Conseil d'Etat la détermination de leur statut.

C'est l'objet du décret, aujourd'hui en date du 3 avril 2015³ (pour mémoire, un précédent décret avait été pris en date du 27 novembre 1967 mais n'avait pas été publié). Ce texte s'applique aux fonctionnaires des corps créés en application de l'article 2 de la loi du 3 février

¹ 9 juillet 1980

² Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, article 60

³ Décret n° 2015-386 du 3 avril 2015 fixant le statut des fonctionnaires de la direction générale de la sécurité extérieure

1953 ainsi qu'aux agents contractuels de droit public employés par la DGSE pour les nécessités du service, notamment pour exercer des fonctions spécialisées, à l'exception de certaines dispositions. Il comporte 72 articles, qui, autour de neuf chapitres, prévoient un certain nombre d'interdictions et d'exigences liées aux impératifs de sécurité, ainsi que des garanties, qui déterminent le fonctionnement des instances de concertation, et qui définissent les éléments de la carrière dans toutes ses composantes, du recrutement à la cessation de fonctions.

M. H..., attaché du ministère des armées, vous saisit d'un recours en excès de pouvoir contre certains articles de ce décret – conclusions irrecevables parce que tardives – et contre la décision implicite par laquelle le Premier ministre a refusé de faire droit à sa demande d'abrogation de ces dispositions.

2. La critique portée quant à la compétence du pouvoir réglementaire, s'agissant de matières qui, selon le requérant, relèvent du domaine de la loi en application de l'article 34 de la Constitution, ne vous arrêtera pas.

Si elle est opérante à l'encontre de la décision implicite attaquée, en application de votre jurisprudence d'Assemblée Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (Assemblée, 18 mai 2018, n° 414583), elle est toutefois infondée.

Vous avez en effet jugé que les dispositions de l'article 2 de la loi du 3 février 1953, qui a soustrait les fonctionnaires des corps du Service de documentation extérieure et de contre-espionnage, auquel a succédé la DGSE, aux dispositions de la loi du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires, n'ont fait l'objet d'aucune abrogation expresse et ne sauraient être regardées comme ayant été implicitement abrogées par l'intervention de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat (24 juin 2002, Ministre de la défense c/ M. W..., n° 227983, aux Tables, conclusions du Président Piveteau). Vous avez confirmé cette position par votre décision Fontana (17 mars 2010, n° 310744, aux Tables). Et le législateur est lui-même intervenu pour la modifier une deuxième fois, en 2012.

Ainsi, en vertu de l'article 2 de la loi de 1953, le pouvoir réglementaire dispose d'une habilitation pour définir l'ensemble du statut du personnel non militaire de la DGSE.

3. Sur le fond, la critique porte sur les restrictions dont font l'objet les fonctionnaires de la DGSE par rapport aux autres fonctionnaires, au regard des droits et libertés garantis par la Constitution.

Précisons que vous avez déjà refusé de transmettre deux questions prioritaires de constitutionnalité soulevées par M. H... (décision du 30 novembre 2018).

Ces moyens concernent les points suivants :

- l'interdiction du droit de grève (article 2)
- l'interdiction d'exercer le droit syndical (article 4)

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- les conditions posées à la liberté d'association (article 5)
- l'obligation d'informer l'administration des modifications affectant leur situation personnelle (article 7)
- la procédure suivie à l'égard d'un fonctionnaire ayant méconnu certaines obligations (article 10) et celle relative à la disponibilité d'office dans l'intérêt du service pour un fonctionnaire s'étant vu retirée son habilitation spéciale de sécurité pour certains motifs (article 58).

4. Il va tout d'abord de soi que l'obligation d'informer son administration des changements liés à sa vie personnelle est directement dictée par les impératifs de sécurité, liés aux missions exercées et aux informations auxquelles ces fonctionnaires ont accès.

En amont, les fonctionnaires concernés doivent, pour être recrutés à la DGSE, obtenir une habilitation spéciale de sécurité (article 6), qui leur donne accès à des informations couvertes par le secret de la défense nationale. Or, la décision conférant cette habilitation est prise au vu des conclusions d'une enquête, qui évalue ce que les textes dénomment pudiquement des « vulnérabilités personnelles ». Cette procédure à l'entrée dans le corps serait assez vaine si elle n'était pas accompagnée de l'obligation, pour le fonctionnaire, de signaler, par la suite, des modifications dans sa vie personnelle, susceptibles de modifier l'appréciation portée au moment de l'enquête initiale.

Il s'agit donc certes d'une atteinte au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (le Conseil constitutionnel ayant jugé que « la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée » : 2010-25 QPC du 16 septembre 2010), mais d'une atteinte justifiée et proportionnée au regard des buts poursuivis.

5. Par ailleurs, cette habilitation peut être retirée dans deux séries d'hypothèses, soit en présence d'une faute de l'agent, s'il ne respecte pas certaines obligations, soit en l'absence de faute, si des vulnérabilités personnelles sont considérées incompatibles avec l'exercice de fonctions au sein de la DGSE. Dans cette seconde hypothèse, le fonctionnaire privé de son habilitation est placé en disponibilité dans l'intérêt du service (article 58). Cette position particulière constitue une dérogation au droit commun des positions statutaires, ainsi que le prévoit expressément l'article 45 du décret, et ce dans un objectif de sécurité.

Vous pourrez d'abord estimer que le moyen tiré d'une atteinte aux droits de la défense ne peut être utilement soulevé à l'encontre de l'article 58, qui ne porte pas sur une sanction.

En tout état de cause, le placement dans cette position n'est pas dépourvu de toute garantie. Le fonctionnaire placé dans cette position, pour une durée d'un an renouvelable, conserve l'intégralité de sa rémunération. Il bénéficie en outre d'un accompagnement pour effectuer ses démarches pour accéder à un autre corps ou cadre d'emplois de fonctionnaires (article 59). Et cette décision ne peut être prise que par le ministre de la défense lui-même, sans que la signature puisse être déléguée, sur proposition du DGSE après avis du conseil de direction.

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.

Ce conseil de direction est prévu à l'article 10. Celui-ci prévoit que son avis est requis préalablement à toute décision individuelle visant un fonctionnaire qui ne se serait pas conformé aux obligations et interdictions prévues aux articles 7, 8 et 9, autrement dit en cas de faute. Le fonctionnaire est informé des motifs de sa convocation et invité à présenter des observations écrites et à être entendu.

Il n'est pas tout à fait évident de savoir si toute la procédure prévue à l'article 10 s'applique en cas de mise en œuvre de l'article 58 sur la disponibilité dans l'intérêt du service, au regard de la construction de cet article. Mais il nous semble plutôt que tel est le cas dès lors que l'avis de cette instance est requis, ce que vous pourriez utilement préciser afin de lever tout doute.

En conséquence, les dispositions des articles 10 et 58 ne portent, en tout état de cause, pas atteinte aux droits de la défense garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

6. S'agissant ensuite du droit de grève, de façon générale, vous jugez qu'en l'absence de disposition législative applicable, il appartient aux chefs de service de réglementer le droit de grève des fonctionnaires et d'organiser la nécessaire conciliation entre ce droit et la continuité du service public (Assemblée, 7 juillet 1950, *Dehaene*, n° 01645 ; récemment rappelée par exemple dans votre décision du 6 juillet 2016, Syndicat CGT des cadres et techniciens parisiens des services publics territoriaux et autres, n° 390031, aux Tables).

Vous avez ainsi admis que l'exercice du droit de grève soit interdit pour les greffiers en chef notamment, du fait du risque de compromettre l'action de la justice et de porter atteinte à l'ordre public (21 décembre 1977, Syndicat national CFDT des Cours et tribunaux, n° 04713, aux Tables).

Vous l'avez aussi admis pour d'autres catégories de fonctionnaires, sur lesquels vous ne porteriez peut-être pas le même regard aujourd'hui, par exemple s'agissant des chefs de bureau de l'administration centrale des affaires sociales⁴. Vous avez en revanche vu une atteinte excessive à ce droit, par exemple pour des agents chargés de la manœuvre d'écluses (4 février 1981, Fédération CFTC des personnels de l'environnement, de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme et autre, n° 18482, au Recueil).

Finalement, votre jurisprudence celle du Conseil constitutionnel admettent que certaines catégories d'agents puissent être privés du droit de grève lorsque l'exercice de celui-ci risquerait de porter atteinte à des intérêts publics essentiels, tels que la sécurité intérieure et extérieure.

Les limites au droit de grève admises par le Conseil constitutionnel peuvent aller jusqu'à ce qu'une interdiction soit admise, s'agissant d'agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux

⁴ 22 novembre 1968, Syndicat chrétien de l'administration centrale des Affaires sociales, n° 72940, au Recueil).

besoins essentiels du pays (n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 ; n° 80-117 DC du 22 juillet 1980 ; n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 ; n° 87-230 DC du 28 juillet 1987).

Il est vrai que l'article 2 pose, en l'espèce, une interdiction générale. Il dispose : « Les fonctionnaires de la direction générale de la sécurité extérieure ne disposent pas du droit de grève ». Or, vous avez déjà pu considérer qu'une interdiction générale portait atteinte au droit de grève (21 octobre 1970, Syndicat général des fonctionnaires des impôts Force ouvrière et Syndicat national des agents de direction, de contrôle et de perception des douanes de France et d'outre-mer, n° 65845, au Recueil). Vous l'avez admis en cas de responsabilité particulière des fonctionnaires concernés qui ne peut être assumée sans discontinuité (par ex. : 27 février 1998, Syndicat national des personnels de l'éducation surveillée –PJJ, n° 171055, inédit).

Mais si cette interdiction est formulée de façon générale, elle nous semble quand même devoir être considérée comme ciblée en l'espèce puisque la seule appartenance à la DGSE emporte des conséquences quant aux missions assurées. Tout fonctionnaire de la DGSE doit ainsi recevoir une habilitation spéciale de sécurité. Nous aurions une approche différente si certains fonctionnaires de la DGSE pouvaient être chargés de missions peu ou pas exposées, mais tel n'est pas le cas.

Il est donc permis de considérer que la rupture dans la continuité du service qui résulterait de l'exercice du droit de grève comporterait des risques trop importants par rapport aux intérêts fondamentaux de l'Etat que la DGSE doit garantir à tout instant.

Il est vrai que les interdictions au droit de grève posées par les textes à certaines catégories de fonctionnaires le sont plutôt au niveau de la loi. Sont aujourd'hui concernés les fonctionnaires actifs de la police nationale (article L. 411-4 du code de la sécurité intérieure), les magistrats judiciaires (l'article 10 de l'ordonnance statutaire), les militaires (article L. 4121-4 du code de la défense), et les fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire (ordonnance du 6 août 1958, de niveau législative : voyez votre décision n° 439211 du 5 novembre 2020, Syndicat national pénitentiaire FO). Toutefois, c'est le décret qui le prévoit s'agissant des préfets : l'article 15 du décret du 29 juillet 1964 leur rend inapplicable l'article 10 de la loi de 1983 sur le droit de grève sur le fondement d'une habilitation donnée par l'article 10 de la loi du 11 janvier 1984.

Dans notre cas, la loi de 1953 ne régit pas elle-même le droit de grève, mais elle a habilité le pouvoir réglementaire à prévoir tout le statut des agents de la DGSE. Elle lui permet donc, selon nous, de traiter la question du droit de grève. Et ce sans même convoquer la possibilité peut-être permise d'intervenir dans le domaine de la loi, ce que votre jurisprudence W... ne dit toutefois pas expressément. La possibilité pour le pouvoir réglementaire d'intervenir en l'absence de loi, conformément à votre jurisprudence précitée, nous conforte, en tout état de cause, en ce sens.

7. La question de l'exercice du droit syndical est un peu moins évidente. De la même façon, la rédaction est faite en des termes généraux et absolus. L'article 4 dispose ainsi : « Les

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.

fonctionnaires de la direction générale de la sécurité extérieure ne sont pas autorisés à exercer le droit syndical. »

Cette interdiction est compensée par le mécanisme des associations professionnelles nationales prévues par l'article 5. Les fonctionnaires de la DGSE peuvent librement créer ou adhérer à une association professionnelle nationale « ayant pour objet de préserver et de promouvoir les intérêts professionnels des agents » régis par le décret. Ces associations peuvent former des recours contre les actes réglementaires relatifs au statut du personnel et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs des agents. Lorsqu'elles sont reconnues représentatives, elles disposent de certains moyens et peuvent être entendues par le DGSE.

Toutefois, les deux mécanismes – droit syndical versus association – ne sont évidemment pas en tout point identiques. Les attributions d'une association sont plus restreintes, par exemple en termes de capacité à négocier et signer un accord professionnel, comme cela est désormais possible pour les organisations syndicales dans la fonction publique. On peut aussi penser à l'impossibilité de participer à des instances de dialogue social ouvertes aux seules organisations syndicales. Le décret y apporte une réponse, puisque son chapitre IV est spécifiquement consacré aux instances de concertation, avec notamment un comité du dialogue social (sorte de comité technique), un CHSCT, ainsi que des commissions administratives mixtes, les modalités d'élection des représentants du personnel étant prévues à l'article 27.

Pour autant, un fonctionnaire de la DGSE ne peut adhérer à une organisation syndicale susceptible de défendre ses intérêts ou ses valeurs dans un cadre plus large que la seule direction, que ce soit au niveau ministériel, interministériel et même national (public-privé).

Autant la motivation de l'interdiction du droit de grève se déduit assez logiquement de l'impératif de continuité du service, autant l'interdiction du droit syndical est moins évidemment justifiée. Le ministère ne développe d'ailleurs guère ce point, se contentant de renvoyer au mécanisme des associations.

Le parallèle est en effet possible avec le mécanisme prévu s'agissant des militaires. Le dispositif des associations professionnelles a été institué en 2015, conformément aux recommandations du rapport du Président Pêcheur⁵ à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme⁶, du fait du caractère trop général de l'interdiction que la loi antérieure faisait aux militaires de se regrouper pour défendre leurs intérêts professionnels.

La CEDH a admis que l'Etat pouvait légitimement apporter des restrictions à la liberté d'association s'agissant des militaires en raison des exigences particulières de discipline régissant les forces armées et de la nécessaire cohésion qui doit régner en leur sein. Les

⁵ Rapport du Président Pêcheur établi le 18 décembre 2014 à la demande du Président de la République

⁶ Deux arrêts rendus le 2 octobre 2014 : *Matelly c/France*, n° 10609/10 et *ADEFDROMIL c/France*, n° 32191/09

associations nationales professionnelles de militaires doivent ainsi être ouvertes à tous les corps et grades afin d'éviter des divisions pouvant nuire à l'unité des forces armées et elles ne peuvent, surtout, contester les mesures d'organisation des forces armées.

Il nous semble que le caractère très sensible et éminemment secret des informations détenues et des missions exercées par ces fonctionnaires peut être considéré comme difficilement compatible avec l'appartenance à une organisation syndicale dont les membres seraient aussi issus d'autres administrations et n'ont pas à connaître des questions d'organisation et de fonctionnement internes à la DGSE, au regard de ce que ces dernières peuvent révéler, avec le risque induit pour les impératifs de sécurité extérieure nationale.

Bien que les fonctionnaires de la DGSE puissent être des civils, l'assimilation nous semble, en cela, possible avec l'interdiction faite - au sein du même ministère de la défense - aux militaires, accompagnée d'un mécanisme d'associations.

Autrement dit, nous ne pensons pas que les mêmes motifs que ceux avancés s'agissant des militaires – cohésion interne et absence de remise en question des mesures d'organisation – soient exactement transposables. Mais pour un autre motif, qui est l'aspect très exceptionnel du caractère secret des informations connues et des missions exercées par ces agents pour des impératifs de sécurité nationale, il nous semble que le mécanisme quant à lui assez similaire de l'association professionnelle apporte une réponse proportionnée en l'espèce.

8. Enfin, s'agissant précisément des associations professionnelles, contrairement à ce qui est soutenu, les conditions posées à leur fonctionnement sont justifiées par ces impératifs sans atteinte excessive ou injustifiée à la liberté d'association, étant précisé que l'article 5 ne porte pas sur une participation à une association dans un cadre privé (ce qui, soit dit en passant, aurait pu être accompagné de certaines conditions quant à leur objet) et qu'il ne soumet pas la création d'une association professionnelle à une autorisation préalable de l'administration.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.

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.