

N° 450258

M. B...

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 10 novembre 2021

Lecture du 25 novembre 2021

## Conclusions

### Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

En juin dernier, nous nous étions interrogée devant vous sur les conséquences des nouvelles dispositions du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) s'agissant de la nature des réponses ministérielles aux questions écrites (2 juin 2021, M. P... et autres, n°s 450329, 450631, 451114, 451157).

L'impact de ces dispositions, et en particulier l'obligation de publication de certains documents, se pose aujourd'hui pour ce qui concerne des circulaires relatives à des mesures de gestion applicables aux gendarmes.

1.M. B..., gendarme de carrière affecté au sein d'un escadron de gendarmerie mobile, a souhaité s'opposer à son affectation au sein de la gendarmerie départementale, dans le cadre d'un « changement de subdivision d'arme » (CSA).

Outre le recours en excès de pouvoir formé sur la décision individuelle le concernant, soumis au tribunal administratif de Toulouse, M. B... a demandé au ministre de l'intérieur l'abrogation de deux circulaires, respectivement en date du 27 juillet 2015 et du 24 mars 2020. Elles concernent cette mesure de gestion dénommée le « changement de subdivision d'arme », qui, en substance, concerne le passage, en cours de carrière, de la gendarmerie mobile et de la garde républicaine vers la gendarmerie départementale.

La décision implicite de rejet de sa demande fait l'objet du recours en excès de pouvoir qui vous est soumis, l'argumentation ne portant toutefois que sur certaines dispositions des circulaires, ce qui nous conduit à interpréter les écritures comme ne demandant leur annulation qu'en tant qu'elles portent sur le CSA dit tardif. Il existe, en effet, d'autres déclinaisons du CSA (CSA jeune, CSA intermédiaire, CSA pour inaptitude médicale, CSA OPJ, CSA motocycliste, CSA outre-mer).

Le moyen le plus substantiel est celui par lequel M. B... soutient que ces circulaires auraient dû être publiées et que leur absence de publication conduit à ce qu'elles soient regardées comme abrogées, en application du CRPA.

2. Quelles sont les obligations nouvelles résultant du CRPA ?

*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'article L. 312-2 prévoit d'abord l'obligation de publication de certains documents : « *Font l'objet d'une publication les instructions, les circulaires ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives.* »

Il précise ensuite que « *Les instructions et circulaires sont réputées abrogées si elles n'ont pas été publiées, dans des conditions et selon des modalités fixées par décret.* »

Cet article L. 312-2 date de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 qui a créé le CRPA. Il préexistait à la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance, dite loi ESSOC, celle-ci l'ayant toutefois complété pour prévoir, précisément, que les instructions et circulaires concernées sont réputées abrogées si elles n'ont pas été publiées.

L'article R. 312-7 décline les conséquences d'une absence de publication : « *Les instructions ou circulaires qui n'ont pas été publiées sur l'un des supports prévus par les dispositions de la présente section ne sont pas applicables et leurs auteurs ne peuvent s'en prévaloir à l'égard des administrés. / A défaut de publication sur l'un de ces supports dans un délai de quatre mois à compter de leur signature, elles sont réputées abrogées.* »

L'article R. 312-8 précise enfin que « *Par dérogation à l'article R. 312-3-1 [c'est-à-dire à la publication sur les bulletins officiels périodiques], les circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'Etat sont publiées sur un site relevant du Premier ministre. Elles sont classées et répertoriées de manière à faciliter leur consultation.* ».

D'autres sites internet peuvent être utilisés, en application de l'article R. 312-9, dans le cas de domaines marqués par un besoin régulier de mise à jour portant sur un nombre important de données, mais ceci ne nous intéresse pas aujourd'hui.

Enfin, l'article L. 312-3 prévoit l'invocabilité de circulaires publiées sur un des sites prévus par l'article D. 312-11, mais cette disposition que nous avons analysée avec le dossier P..., ne nous intéresse pas davantage aujourd'hui.

3. Vous avez déjà eu à vous prononcer sur le champ d'application de l'article L. 312-2.

Par la décision Ligue des droits de l'Homme et Confédération générale du travail et autres du 24 juillet 2019 (n°s 427638, 428895, 429621, aux Tables sur ce point), vous avez jugé qu'une instruction par laquelle le ministre de l'intérieur, en sa qualité de chef de service, a défini à destination des seuls services et unités chargés du maintien de l'ordre les conditions d'utilisation des armes de force intermédiaire, ne comportait pas de description des procédures administratives ni d'interprétation du droit positif au sens et pour l'application de l'article L. 312-2 du CRPA et de l'article 7 du décret du 28 novembre 2018 (fixant les conséquences en termes d'abrogation pour les circulaires antérieures).

*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.*

Dans ses conclusions, Alexandre Lallet identifiait en ce sens trois séries d'éléments, tenant d'une part aux termes mêmes de l'instruction, qui posaient une règle, d'autre part, au constat d'un cadre législatif et réglementaire très général, enfin, à une référence à un précédent jurisprudentiel sur le sujet en question (avec votre décision du 2 septembre 2009, Association Réseau d'alerte d'intervention pour les droits de l'homme, n° 318584-321715, au Recueil, relative à l'instruction sur le Taser).

Il en déduisait que l'instruction devait être rattachée au pouvoir J... d'organisation des services dont dispose un ministre. Ainsi qu'il le rappelait, ce pouvoir « *lui permet, dans le silence des textes, d'édicter les mesures nécessaires à l'organisation et au fonctionnement des services placés sous son autorité.* » Comme il le précisait, « *la circonstance que ces mesures puissent avoir une incidence sur les tiers n'est en rien disqualifiante, comme le montre abondamment et de longue date votre jurisprudence, avant même la décision Notre-Dame du Kreisker (CE, Ass. 29 janvier 1954, Rec. p. 64), et, de manière éclatante, votre décision Frérot du 8 décembre 2000 (n° 162995-176389, au Rec.), qui rattache au pouvoir J... une circulaire encadrant la liberté de correspondance des détenus (...)*».

Suivant les conclusions sur ce point, le fichage de votre décision s'est référé à la jurisprudence J... (Section, 7 février 1936, n° 43321). Et vous avez jugé que l'instruction ne pouvait donc être « regardée comme abrogée » en raison de son absence de publication sur un des supports prévus à cette fin<sup>1</sup>.

4. Dans ce cadre, comment entendre le champ d'application de l'article L. 312-2 lorsqu'il évoque les circulaires « qui comportent une interprétation du droit ou une description des procédures administratives » ?

Bien que la mention des notes et réponses ministérielles soit insérée entre les termes « circulaires et instructions » et les termes « qui comportent une interprétation du droit ou une description des procédures administratives », cette qualification a vocation à s'appliquer à tous les documents cités par l'article, ainsi d'ailleurs que vous l'avez implicitement mais nécessairement jugé avec la décision LDH.

Quelles seraient donc, à l'inverse, les autres circulaires, autrement dit celles qui sont hors champ ?

D'un côté, il peut s'agir de circulaires tellement générales qu'elles ne comporteraient ni interprétation du droit, ni description des procédures administratives. Ce n'est pas un ensemble aux contours très évidents. Mais nous pensons à des documents de droit souple, tels que les lignes directrices de gestion en matière de ressources humaines, qui sont définies par l'article 18 de la loi du 11 janvier 1984 modifié par la loi du 6 août 2019, ainsi que par le décret du 29 novembre 2019 ; ces lignes directrices de gestion n'entrent pas, selon nous, dans

---

<sup>1</sup> Nous renvoyons à cet égard sur la distinction des effets entre ce qui est « abrogé » et ce qui doit être « regardé comme abrogé » ou « réputé abrogé » aux conclusions de Maud Vialettes sur la décision Association La Cimade et autres (23 février 2011, n° 334022).

*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.*

le champ de l'article L. 312-2 et il nous semblerait, si la question vous était posée, opportun de les en exclure sauf à fragiliser, sans nécessité juridique et sans intérêt au fond, ces documents nouveaux dans la gestion des ressources humaines des administrations.

D'un autre côté, sont hors champ des circulaires faisant, à l'inverse, davantage qu'interpréter le droit en le créant, autrement dit des circulaires réglementaires.

Et dans cette seconde catégorie, il convient de distinguer, d'une part, les circulaires à caractère réglementaire, qui auraient en réalité dû être prises par un arrêté voire un décret, obéissant alors à des règles de publication évidemment plus exigeantes, d'autre part les circulaires prises en application du pouvoir J... dont dispose les ministres.

La division fondamentale nous semble ainsi être entre circulaires réglementaires d'une part, qui sont hors champ, et circulaires non réglementaires d'autre part, qui sont dans le champ de l'article L. 312-2, sauf texte plus précis. Mais il nous semble qu'il y a une place pour une troisième catégorie, qui est celle du droit souple et qui devrait aussi être considéré comme hors champ.

Par ailleurs, intuitivement, l'esprit de ces dispositions paraît tourné vers les usagers plus que vers les agents. En quoi une publication sur un site internet, donc ouvert à tout public, est-elle nécessaire et pertinente s'agissant d'une circulaire destinée seulement à des agents, qui disposeront d'une meilleure connaissance des informations les concernant par d'autres voies plus pertinentes en général par un site intranet ou d'autres sources internes à l'administration ? En outre, l'article R. 312-7 qui prévoit les conséquences de la non-publication évoque l'impossibilité de s'en prévaloir seulement « à l'égard des administrés » sans évoquer les agents.

Toutefois, conformément à l'article L. 100-1 du CRPA, en l'absence de mention expresse contraire, ces dispositions sont applicables aux relations entre les administrations et leurs agents. Le rapporteur de la loi ESSOC à l'Assemblée nationale estimait que l'article L. 312-2 avait vocation à s'appliquer à l'ensemble des actes de l'administration. Et l'article prévoit bien, de façon nécessairement générale pour tous les destinataires potentiels, que ces circulaires sont réputées abrogées lorsqu'elles ne sont pas publiées.

Ainsi, ce n'est pas tant parce qu'elles s'adresseraient à des destinataires particuliers que parce qu'elles ont un caractère réglementaire que certaines circulaires ne relèvent pas des obligations du CRPA. Nous comprenons donc votre décision LDH comme ayant exclu du champ d'application les circulaires à caractère réglementaire notamment celles qui correspondent au pouvoir J.... Votre décision sera l'occasion de le préciser si vous nous suivez.

5. Venons-en plus précisément aux circulaires relatives à des mutations.

Votre jurisprudence contient de nombreux exemples reconnaissant un caractère réglementaire, et ce de longue date (Section, 24 mai 1974, *Syndicat national des Personnels des Ministères de l'équipement et du logement et des transports et Syndicat national des ingénieurs 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.*

*travaux publics de l'Etat*, n° 87691, au Recueil ; 2 février 1983, *Fédération nationale des travailleurs des postes et télécommunications CGT*, n° 43371, aux Tables ; 24 juillet 1981, *T...*, n° 23443, au Recueil) mais aussi plus récemment (par exemple : 19 décembre 2012, *Syndicat national des enseignements de second degré (SNES)*, n° 357416, inédit<sup>2</sup>).

Globalement, tel est le cas en présence de dispositions normatives s'appliquant aux agents, telles que des priorités de vœux, des limitations de durée de postes, ou encore des interdictions de postuler sur certains emplois.

Bien sûr, vous contrôlez que les dispositions ainsi prises par les ministres en leur qualité de chef de service sont celles qui sont nécessaires au bon fonctionnement de leurs services mais qui n'empiètent pas sur la compétence reconnue aux autorités normatives supérieures, notamment en matière statutaire<sup>3</sup>.

Vous avez ainsi retenu, avec la décision SNES précitée, s'agissant d'une circulaire définissant un calendrier ainsi que des modalités de recueil et d'instruction des candidatures des personnels enseignants et d'éducation qui souhaitent présenter leur candidature sur un poste vacant au sein d'une école ou d'un établissement participant au programme dit « Eclair », procédure qui se situe en amont de celles prévues notamment par les statuts de ces personnels en matière d'affectation, qu'elle ne présentait pas un caractère statutaire et que le ministre s'était borné à édicter des dispositions qui entrent dans le champ de celles qu'il est habilité à prendre en qualité de chef de service.

## 6. Qu'en est-il en l'espèce ?

La première circulaire qui nous intéresse, celle du 27 juillet 2015, est ce que nous pourrions appeler une circulaire-cadre. Elle porte sur les modalités de mise en œuvre des changements de subdivision d'arme depuis la gendarmerie mobile vers la gendarmerie départementale. Le changement de subdivision d'arme est une mesure de gestion permettant de répartir de manière équilibrée les effectifs et les compétences au sein des deux subdivisions d'arme de la gendarmerie. S'agissant de la gendarmerie mobile et de la garde républicaine, cette jeunesse est vue comme préservant leur dynamisme. S'agissant de la gendarmerie départementale, elle doit ainsi bénéficier de sous-officiers expérimentés.

La circulaire prévoit que le CSA est prononcé par le ministre de l'intérieur « qui possède un entier pouvoir d'appréciation en considération de l'intérêt et des nécessités du service ». Plus précisément, elle indique (point 2.1) que pour préparer progressivement la sortie des gendarmes mobiles les plus anciens, le commandement initie annuellement une procédure CSA pour les militaires du grade qui ont atteint 35 ans l'année qui précède celle du CSA.

---

<sup>2</sup>Voir aussi : 9 juillet 2003, *Syndicat national de l'administration scolaire et universitaire et des bibliothèques*, n° 237021, aux Tables ; 23 février 2000, *Fédération justice CFDT*, n° 199759, aux Tables.

<sup>3</sup> Obligation de mutation au terme d'un certain délai d'exercice des fonctions et dès lors qu'un autre agent demande à les exercer : CE, 17 octobre 1986, *Ministre de l'économie, c/ I...*, n° 61224, inédit ; fixation de priorités en matière de mutations : CE, 6 février 1998, *R... et E...*, n° 139095, inédit ; CE, 3 mars 1978, *M... et autres*, n° 06868, aux Tables : fixation d'une durée maximale d'activité de fonctionnaires dans les départements d'outre-mer

Tout gendarme appartenant à la gendarmerie mobile doit avoir fait l'objet d'une étude de sa situation dans le cadre du CSA au moins une fois avant d'atteindre l'âge de 38 ans. Enfin, elle indique que les conditions particulières de ce CSA dit « tardif » sont fixées annuellement par une circulaire.

La seconde circulaire est précisément une circulaire annuelle. En date du 24 mars 2020, elle fixe ces conditions pour l'année 2021. Elle prévoit notamment que les gendarmes mobiles de carrière détenteurs d'un certificat d'aptitude médicale en cours de validité qui atteignent l'âge de 36, 37 ou 38 ans entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2021 sont tenus d'établir une fiche de vœux de mutation pour le « CSA tardif » au titre de l'année 2021 en vue d'une affectation en gendarmerie départementale. Elle précise toutefois que les intéressés peuvent indiquer qu'ils ne souhaitent pas de changement de subdivision d'arme.

Avec un tel contenu, ces circulaires interprètent-elles le droit existant par ailleurs ?

Cela ne nous semble pas être le cas.

L'article L. 4121-5 du code de la défense dispose que « Les militaires peuvent être appelés à servir en tout temps et en tout lieu. » puis il précise que « dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service », les mutations tiennent compte de leur situation familiale.

L'article 3 du décret du 12 septembre 2008 portant statut particulier du corps des sous-officiers de gendarmerie prévoit quant à lui seulement que « Les sous-officiers de gendarmerie sont répartis par subdivision d'arme, par branche ou par spécialité définies par arrêté du ministre de l'intérieur ». Un arrêté du ministre de l'intérieur du 5 avril 2012 a défini les subdivisions d'arme de la gendarmerie nationale, à savoir la gendarmerie mobile et la gendarmerie départementale.

S'agissant du CSA et de ses modalités, ce sont ainsi bien ces circulaires qui les définissent et elles ont, nous semble-t-il, un caractère réglementaire.

Précisons qu'il pourrait y avoir matière à distinguer les deux circulaires : la circulaire-cadre ressemble davantage à des lignes directrices de gestion, alors que la circulaire annuelle, en imposant notamment une fiche de vœux, a plus évidemment un caractère réglementaire. Mais la qualification que vous donnerez à ces circulaires, qui, en théorie pourrait être distincte entre une circulaire-cadre et une circulaire annuelle, nous paraît, en l'espèce, devoir être identique au regard de la proximité de leur contenu.

Nous pensons donc que vous êtes, dans les deux cas, dans l'application de votre jurisprudence LDH, autrement dit hors champ de l'article L. 312-2.

Si elle devait entrer dans le champ de l'article L. 312-2, ce que nous ne croyons pas, la première ne serait, en tout état de cause, pas réputée abrogée puisqu'elle a été publiée, à la fois sur le BO du ministère de l'intérieur, ce qui ne suffirait pas pour la question qui nous intéresse, mais aussi sur le site [circulaires.gouv.fr](http://circulaires.gouv.fr), le 24 novembre 2015.

*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 la seconde – qui elle n’a pas été publiée sur ce site internet mais seulement sur l’intranet gendarmerie - serait réputée abrogée, en revanche, en application des dispositions du CRPA mais elle n’entre pas, selon nous, dans son champ d’application.

Le moyen portant sur l’illégalité du refus d’abroger doit donc être écarté. A suivre le raisonnement du requérant, si ces circulaires entraient dans le champ du CRPA, elles devraient être regardées comme abrogées et le ministre n’aurait donc pas dû les abroger. Contrairement à ce qui est soutenu, le refus d’abroger une circulaire qui doit être regardée comme abrogée par application des dispositions législatives n’a bien sûr pas pour effet de maintenir dans l’ordonnancement juridique cette circulaire, sauf à priver de portée ces dispositions législatives.

Mais le moyen peut être compris comme critiquant le refus de les regarder comme abrogées et non de les abroger. Et il doit donc être écarté.

2. Les autres moyens s’écartent plus rapidement, car contrairement à ce qui est soutenu, les circulaires ne fixent pas une limite d’âge qui interdirait à un sous-officier de continuer à servir dans la gendarmerie mobile. Elles prévoient des créneaux d’âge pour réexaminer la situation des sous-officiers concernés et envisager, en fonction des besoins du service, un CSA ou un maintien dans la gendarmerie mobile.

La circulaire de 2020 qui impose la fiche de vœux prévoit notamment que le gendarme précise s’il est volontaire ou non pour un CSA et toute situation personnelle qu’il souhaite voir prise en compte. Et plus globalement le maintien est possible au-delà de l’âge à laquelle la fiche de vœux doit être réalisé.

En conséquence, d’une part, le ministre n’a pas incompétemment ajouté une condition qui n’aurait pas été prévue par des dispositions statutaires. Il s’agit de modalités de gestion, que le ministre pouvait ainsi édicter, a fortiori s’agissant de la condition militaire.

D’autre part, elles ne constituent pas une discrimination fondée sur l’âge, telle que définie par la directive du 27 novembre 2000, dont le champ d’application paraît ne pas exclure les militaires. Elles ne contiennent pas d’interdiction de demeurer dans la gendarmerie mobile au-delà d’une limite d’âge et, en tout état de cause, une telle prise en compte de l’âge, sous certaines conditions, pourrait être justifiée par certaines exigences professionnelles, a fortiori s’agissant de l’appréciation de l’intérêt du service au sein de la fonction militaire.

Enfin, les circulaires – et partant le refus de les abroger – ne méconnaissent pas les textes définissant le critère d’aptitude médicale (décret n° 2008-952 du 12 septembre 2008 et arrêté du 12 septembre 2016). Ce n’est parce que l’aptitude médicale est contrôlée dans les conditions déterminées par ces textes que seule une inaptitude médicale pourrait légalement fonder un changement de subdivision d’armes, décidé quant à lui selon une autre logique, dans l’intérêt du service, par le commandement.

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.*

*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.*